

UNIVERSITÉ DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

LA LOI YOUGOSLAVE SUR LA FAILLITE

(22 NOVEMBRE 1929)

ÉTUDE DE LÉGISLATION COMPARÉE

THÈSE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Le 1^{er} Juillet 1932.

PAR

Tibor Nicolas LÉH

*Lauréat de l'Institut de Droit Comparé de Lyon
(Prix Montcorger 1932)*



LYON

BOSC Frères, M. et L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

1932

LA LOI YOUGOSLAVE SUR LA FAILLITE

UNIVERSITÉ DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

LA LOI YOUGOSLAVE SUR LA FAILLITE

(22 NOVEMBRE 1929)

ÉTUDE DE LÉGISLATION COMPARÉE

THÈSE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Le 1^{er} Juillet 1932.

PAR

Tibor Nicolas LÉH

*Lauréat de l'Institut de Droit Comparé de Lyon
(Prix Montcorger 1932)*



LYON

BOSC Frères, M. et L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

—
1932

UNIVERSITÉ DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

Professeurs honoraires :

MM. APPLETON (Charles), ✱, 
APPLETON (Jean), O. ✱,  I.

Professeurs

MM. JOSSERAND, ✱,  I., Doyen, Professeur de *Droit civil*.
PIC (Paul), ✱ O.,  I., Professeur de *Droit international public*.
LAMBERT, ✱,  I., Professeur de *Droit comparé*.
LAMEIRE, ✱,  I., Professeur de *Droit constitutionnel*.
LÉVY, ✱,  I., Professeur de *Droit civil*.
GONNARD,  I.,  I., Professeur de *Economie politique*.
ANTONELLI, ✱,  I.,  I., Professeur de *Histoire des doctrines économiques*.
PERROUD,  I.,  I., Professeur de *Procédure civile*.
COHENDY (Georges),  I., Professeur de *Droit commercial général*.
GARRAUD (Pierre),  I.,  I., Professeur de *Droit criminel*.
ROUBIER,  I., Professeur de *Droit civil*.
FALLETTI, Professeur de *Droit Romain*.
LAMBERT (Jacques), Professeur chargé des institutions internationales de la Paix.
DE LAPLANCHE, Professeur de *Histoire de Droit*.
NICOLAS, Professeur de *Droit administratif*.

Agrégés

MM. PHILIP, chargé de cours d'*Economie politique*.
PERROUX (François), *Science des Finances*.

Chargé de cours

M. CONDOMINE,  A., *Droit civil (Capacité, 1^{re} année)*.

Secrétariat

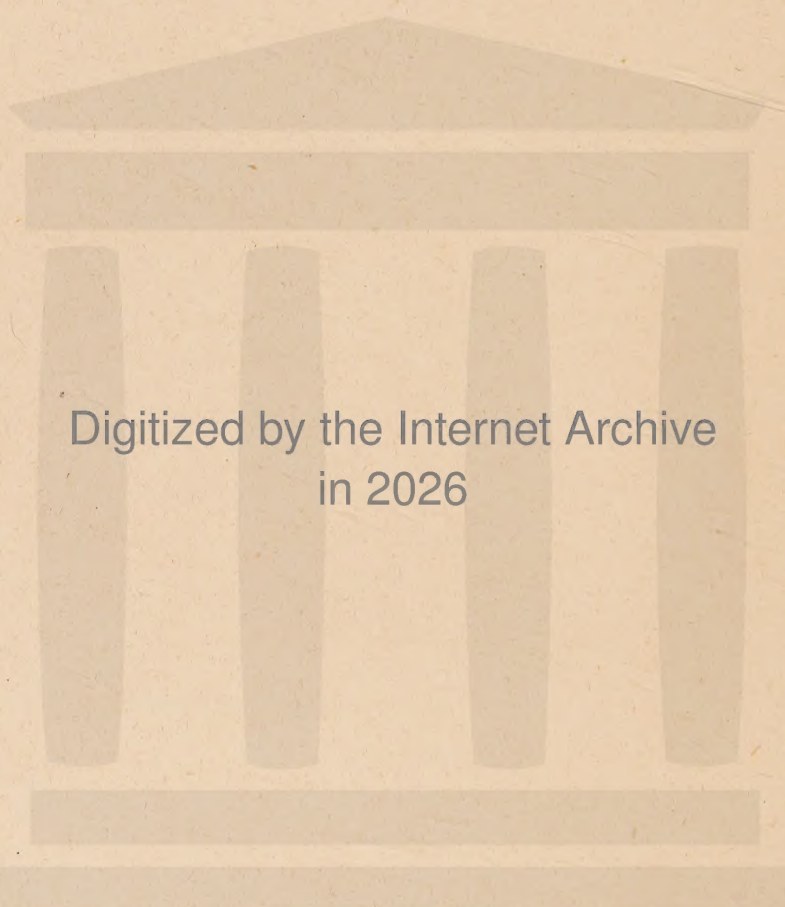
M. DUBROCA,  A., secrétaire.



MEMBRES DU JURY

M. E. LAMBERT, Professeur à la Faculté de Droit, *président*.
M. E. LÉVY, Professeur à la Faculté de Droit.
M. P. ROUBIER, Professeur à la Faculté de Droit. } *assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Devrais-je dire « enfin » ou « déjà » maintenant que je termine mes études ? Heureux d'entrer dans une vie nouvelle, j'éprouve pourtant, en évoquant les souvenirs de la vie universitaire, le regret de me séparer de la France, de mes maîtres, de mes amis.

Je remercie la France de m'avoir si affectueusement accueilli et m'avoir offert une si généreuse hospitalité pendant la durée de mes études. Je pars avec la ferme volonté de répandre partout où la vie me mènera sa culture, sa civilisation, ses œuvres sociales.

Monsieur le Recteur, André Lirondelle à peine arrivé dans notre Université, nous a donné maintes preuves de son désir de protéger les étudiants. En lui exprimant ma respectueuse reconnaissance, j'interprète aussi les sentiments de tous mes camarades.

A mes Maîtres de la Faculté de Droit, à qui je dois ma culture juridique, j'adresse l'hommage de ma vive gratitude.

Je remercie l'éminent Professeur Edouard Lambert, directeur de l'Institut de Droit comparé, qui nous a donné, dans ses cours, une formation universitaire inspirée d'idées nouvelles, de l'honneur qu'il m'a fait

en acceptant la présidence de ma thèse. Sans ménager son temps ni ses efforts, il m'a constamment guidé de sa haute science et de son obligeante bienveillance. Mes remerciements ne sont qu'un faible reflet de ma profonde reconnaissance.

J'exprime mes vifs remerciements aux Professeurs Emmanuel Lévy et Paul Roubier, d'avoir bien voulu accepter de faire partie du jury de cette thèse.

Les Professeurs Zivojin Peric, de la Faculté de Droit de Belgrade, et Mihajlo Konstantinovic, de la Faculté de Droit de Subotica, m'ont beaucoup aidé en me procurant avec autant d'érudition que d'amabilité, des renseignements très précieux. Qu'ils reçoivent ici l'expression de ma gratitude.

Je présente l'hommage de ma reconnaissance au Professeur Mario Sarfatti, de la Faculté de Droit de Turin. Il a contribué à perfectionner la partie comparative de mon étude.

J'adresse également mes remerciements au Professeur Joseph Nyul, qui m'a le premier appris à aimer la science.

Ma profonde reconnaissance est acquise à Madame Monod-Lafargue, directrice de la Maison des Etudiants, qui m'a toujours prodigué ses bons conseils, comme à tous les autres étudiants sans distinction.

Mes chers amis et camarades, à vous je ne dis pas adieu, mais au revoir. Je vous remercie de tout mon cœur d'avoir par votre aimable attention atténué, durant mon séjour, la nostalgie de mon pays natal. Vous m'avez montré le véritable visage de la France, malheureusement si peu connu des étrangers.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION :

Numéros		Pages
	I. Généralités :	
1	Les buts de l'institution de la faillite	1
	II. Deux systèmes juridiques supra-natio- naux : le <i>common law</i> et le droit continental :	
2	1° Le <i>common law</i>	3
3	Histoire de la faillite anglaise.....	5
4	L'acte de 1869.....	6
5	L'acte de 1883.....	6
6	Ses traits caractéristiques.....	7
7	L'acte de 1914.....	9
8	2° Le droit continental.....	10
	III. L'évolution du droit de la faillite dans le groupe des Etats de culture juridi- que romaine :	
9	1° Droit romain	11
10	a) la <i>missio in bona</i>	11
11	b) la <i>cessio bonorum</i>	12
12	2° Moyen-Age. Deux conceptions diffé- rentes de la faillite.....	12

13	a) conception de droit privé.....	13
14	Les républiques italiennes.....	13
15	France	14
16	Le Code de commerce.....	15
	b) conception de droit public :	
17	Espagne	16
18	La réception de la doctrine espagnole en Allemagne.....	17
19	3° Etat actuel du droit : deux groupes de législations	18
20	a) groupe latin	19
21	b) groupe germanique	22
22	c) Etat intermédiaire : la Suisse....	26

IV. Différences entre les systèmes latin et germanique :

	1° Faillite, institution générale du droit civil, ou faillite, institution spéciale du droit commercial :	
23	a) Faillite commerciale des pays latins.	27
24	La déconfiture en France.....	28
25	b) Faillite, institution générale du droit civil dans les pays formant le groupe germanique.....	29
26	c) Etats intermédiaires	30
27	d) Le courant prédominant des législations actuelles	30
	2° Note infamante de la faillite :	
28	Origine	30
29	a) Système des pays latins.....	32
30	La réhabilitation en France.....	32

XIII

31	La <i>cancellazione del nuome dall' albo dei falliti</i> en Italie.....	32
32	b) Système des pays appartenant au groupe germanique	34
33	La loi autrichienne de 1868....	34
34	La loi serbe de 1861.....	34
35	c) Le courant prédominant dans les législations	35
36	3° La déclaration de faillite <i>ex officio</i> ..	35
37	4° Autres différences	38
38	Occasion de notre étude comparative	39
	V. Le droit de la faillite en Yougoslavie :	
39	Les lois antérieures à la loi de 1929.	39
40	Les origines de la loi de 1929.....	40
41	Plan de cette étude.....	41

PREMIER CHAPITRE. L'OUVERTURE DE LA FAILLITE :

42	Observations préliminaires	43
	Section I. Conditions de fond :	
43	Différentes manières de déterminer les causes de la faillite.....	44
44	Les causes de la déclaration de faillite des personnes morales et des successions	47
45	Les signes de l'insolvabilité.....	48
	Section II. Conditions de forme :	
46	Le jugement d'ouverture.....	49
	Section III. Condition économique :	
47	Non-ouverture pour cause d'insuffisance d'actif	50

48	<i>Section IV. Pluralité de créanciers....</i>	51
----	--	----

DEUXIÈME CHAPITRE. LA PROCÉDURE EN
VUE D'OBTENIR LE JUGEMENT :

49	L'autonomie des créanciers.....	53
----	---------------------------------	----

Section I. La compétence du tribunal :

50	Compétence <i>ratione personæ</i>	55
----	---	----

51	Compétence <i>ratione materiæ</i>	56
----	---	----

52	Règles communes de compétence.....	57
----	------------------------------------	----

*Section II. Manière dont le tribunal est
saisi :*

53	Différents modes d'ouverture.....	58
----	-----------------------------------	----

54	1° Ouverture sur la demande du débiteur	59
----	---	----

55	Capacité exigée	59
----	-----------------------	----

56	Forme de la demande.....	60
----	--------------------------	----

57	La faillite <i>post-mortem</i>	62
----	--------------------------------------	----

58	Comment est résolue la question en France	62
----	--	----

59	2° Ouverture sur la demande des créan- ciers	63
----	---	----

60	3° Dispositions communes	67
----	--------------------------------	----

61	Retrait de la demande.....	68
----	----------------------------	----

4° Pouvoirs et devoirs du tribunal :

62	La « procédure préalable » de l'an- cienne loi croate.....	69
----	---	----

63	La déclaration de faillite <i>ex officio</i> , mode d'ouverture des pays latins...	69
----	---	----

64	La déclaration d'office dans le droit yougoslave	72
----	---	----

Section III. Le jugement d'ouverture :

65	1° Nécessité d'obtenir le jugement. — La faillite virtuelle d'après la juris- prudence française	73
66	2° Nature du jugement.....	74
67	3° Contenu du jugement.....	75
68	4° Date de l'ouverture de la faillite. — Système autrichien	76
69	5° Exécution du jugement.....	78
70	6° Publication et transcription du juge- ment	78
	a) Moyens de publicité :	
71	Affichage. — « L'inscription du nom du débiteur sur la liste des faillis », selon la loi italienne.	79
72	Notifications individuelles	80
73	Insertion dans les journaux.....	81
74	Transcription du jugement.....	81
75	b) Contenu de la publication.....	82
76	c) Publication du jugement de clôture	83
77	7° Mesures provisoires	83
78	8° Voies de recours.....	84
79	Qui peut faire appel ?.....	84
80	La forme de l'appel.....	85
81	Le délai d'appel.....	85
82	L'effet de l'appel.....	85
83	Le pourvoi en cassation.....	85
84	Les voies de recours en France.....	86

TROISIÈME CHAPITRE. LES ORGANES DE LA
FAILLITE :

85	L'interdépendance des organes.....	89
	<i>Section I. Le tribunal de faillite :</i>	
86	Sa composition et son rôle.....	90
	<i>Section II. Le juge-commissaire :</i>	
87	Sa nomination	92
88	Ses fonctions	92
	<i>Section III. Le syndic :</i>	
89	La situation juridique du syndic.....	93
90	Nomination et remplacement.....	96
91	Conditions de capacité. — Syndicat érigé en office public ; loi italienne de 1930	98
92	Honoraires	100
93	Syndic adjoint, co-syndics.....	101
94	Attributions	101
95	Contrôle et responsabilité.....	103
	<i>Section IV. Le comité des créanciers :</i>	
96	Organe facultatif. — Sa raison d'être.	104
97	Nomination des membres du comité.	105
98	Convocation du comité.....	107
99	Attributions	107
100	Contrôle et responsabilité de ses membres	110
	<i>Section V. L'assemblée des créanciers :</i>	
101	Son activité	110

102	Convocation	111
103	Contrôle	113

QUATRIÈME CHAPITRE. LES EFFETS DE LA
FAILLITE QUANT AU DÉBITEUR :

104	Traits communs à toutes les législa- tions	115
-----	---	-----

Section I. Les effets de la faillite quant à
la personne du débiteur :

105	Quelles personnes peuvent être déclai- rées en faillite ?	116
-----	--	-----

106	La note infamante	118
-----	-------------------------	-----

1° Liberté personnelle et vie matérielle
du débiteur :

107	Les devoirs du débiteur. — Particu- larité des lois « germaniques » : Arrestation possible du failli même avant l'ouverture de la faillite....	119
-----	---	-----

108	Ses droits	121
-----	------------------	-----

109	Secours alimentaire	121
-----	---------------------------	-----

2° Les déchéances entraînées par la déclai-
ration de faillite :

110	Enumération des droits dont le failli est déchu	123
-----	--	-----

Section II. Les effets de la faillite quant au
patrimoine du débiteur. — Le dessai-
sissement :

111	Parallèle entre le failli et un incapable	125
-----	---	-----

112	La date du dessaisissement	127
-----	----------------------------------	-----

113	Nature juridique du dessaisissement. — Théorie française de présomption de fraude et théorie allemande de droit réel de la masse des créanciers	127
114	Etendue du dessaisissement : la masse de la faillite.....	129
115	Effets du dessaisissement.....	134
116	Conséquence du dessaisissement dans le système germanique : les procès en cours au moment de la déclara- tion de faillite seront interrompus.	137
117	Les effets de l'interruption.....	138
118	La reprise des procès.....	139

*Section III. Les effets de la faillite dans le
passé. — Le droit de faire tomber cer-
tains actes accomplis avant la déclara-
tion de faillite :*

119	Origines communes des deux systèmes continentaux	140
120	Système latin. — Le Code de com- merce français	144
121	Le Code de commerce italien.....	146
122	Système allemand de la « contesta- tion ». — Ses divers éléments....	147
123	La rétroactivité de la faillite.....	149
124	Conditions générales de l'action en nullité. Les différentes formes de l'action	151
125	1. <i>Deliktspauliana</i>	153
126	2. <i>Schenkungspauliana</i>	156

3. *Konkurspauliana* :

127	Généralités	158
128	Les lois allemande et hongroise..	160
129	Les lois yougoslave et autrichienne	161
130	L'action en nullité.....	164
131	Qui peut l'exercer ?.....	165
132	Contre qui peut-elle être exercée ?..	166

Appendice : L'annulation des actes frauduleux du débiteur en dehors de la procédure de faillite.

133	Traits essentiels du système germanique	167
134	Qui peut exercer l'action en nullité ?	168
135	Conditions d'exercice	168
136	Les effets	169
137	Législations se rattachant à ce système	170

CINQUIÈME CHAPITRE. LES EFFETS DE LA
FAILLITE QUANT AUX CRÉANCIERS :

138	Division du chapitre.....	171
-----	---------------------------	-----

Section I. Les créanciers ordinaires :

139	Point de départ commun des législations — La masse des créanciers.	171
140	Créances exclues de la faillite.....	173
141	Nature juridique de la masse. — Divergences entre les doctrines française et allemande.....	174
142	Organes de la masse.....	175
143	Créanciers étrangers.....	176

144	Principe de l'égalité des créanciers. — Principe de droit universel. — Ses conséquences	176
145	1° Suspension des poursuites indivi- duelles	176
146	Les droits de la masse des créanciers à l'égard des créanciers pris indivi- duellement	177
147	Les droits des créanciers considérés <i>uti singuli</i>	177
148	2° Déchéance du terme.....	178
149	Créances ne portant pas intérêt. — Système français. — Système ger- manique	179
150	Créances conditionnelles	179
151	Créances garanties par des sûretés réelles. — Opposition entre les con- ceptions française et germanique.	179
152	3° Cessation du cours d'intérêts. — Droit commun législatif.....	180
153	Particularités des créances garanties par des sûretés réelles. — Dissidence isolée du droit français.....	181
<i>Section II. Les créanciers à privilège gé- néral :</i>		
154	La nature de ces privilèges dans les législations de l'Europe continentale	182
155	Créanciers à privilège mobilier spé- cial. — Leur classification en droit français	183

156	Le rang des créanciers. — Point de départ commun des législations...	184
157	Divergences de vues entre le groupe latin et le groupe germanique....	185
158	Evolution du droit yougoslave du premier système au second.....	187
	La classification de la loi yougoslave :	
159	Premier rang	187
160	Deuxième rang	189
161	Règles communes aux deux premiers rangs	191
162	Troisième rang. — Opposition avec le droit français et italien.....	192
163	Règles communes à tous les créanciers	192
164	a) Paiement des créanciers du même rang au marc le franc. — Position prise dans le conflit entre les conceptions latine et germanique....	192
165	b) L'accessoire suit le principal. — L'évolution du mouvement d'ensemble des législations.....	193

Section III. Les créanciers à privilège spécial :

166	Enumération des créanciers à privilège spécial	194
167	Leur situation	197
168	Principe : la faillite n'a pas d'effet sur le droit des créanciers à privilège spécial	199

169	Exceptions	200
170	Concordance générale de la loi yougo- slave avec les principales législa- tions latine et germanique.....	203
171	Particularités de l'ancienne loi serbe.	205

Section IV. De la compensation :

172	Deux conceptions	206
173	a) Système français : double paie- ment fictif	207
174	b) Système allemand : la compensa- tion se rattache au droit de réten- tion	209
175	Passage de la Serbie de la première à la seconde de ces conceptions....	210
	Mise en œuvre de la conception ger- manique dans la loi yougoslave :	
176	Principe : la compensation est inter- dite en cas de faillite.....	210
177	Cas où la compensation est permise.	211
178	Compensation d'une créance cédée. — Répartition finale des lois conti- nentes entre les deux systèmes.	212

*Section V. Créanciers ayant un droit de
résolution :*

179	La cause des divergences de vues en- tre législations continentales.....	213
180	Droit français	214
181	Droit italien	216

182	Système germanique suivi par la loi yougoslave	217
	1° Règles générales :	
183	Droit d'option accordé au syndic.	218
	2° Contrats spéciaux :	
184	a) Contrats de louage de choses.	220
185	b) Contrats de louage de service.	223
	3° Cas de résiliation de plein droit :	
186	a) Contrats fixes de fournitures.	224
187	b) Mandat	225
188	c) Offre	225
189	d) Sociétés	226

Section VI. Créanciers ayant plusieurs co-débiteurs solidaires :

190	Droits des créanciers vis-à-vis des co-débiteurs	226
191	Éléments de concordance et de dissemblance entre les législations..	228
192	Droit de recours du codébiteur <i>solvens</i>	230

Section VII. De la revendication :

193	Le fond de droit commun aux législations continentales	231
	1° Cas où la loi a augmenté les droits tiers :	
194	Le droit du vendeur de meubles dans les diverses législations.....	233
195	Les conditions d'exercice de l'action accordée au vendeur dans le droit yougoslave	234

	2° Restrictions à la revendication du droit commun :	
196	Les droits de la femme dans le droit comparé	235
197	Règles spéciales en cas de faillite d'un commerçant dans le droit yougoslave	237
198	3° Créances accessoires	239

Section VIII. Les créanciers de la masse :

199	Position générale du problème en droit comparé	240
	1° Principales sources des dettes de la masse :	
200	Méthodes adoptées par les diverses législations pour les déterminer....	241
201	La méthode de la loi yougoslave....	242
202	2° Situation des créanciers de la masse.	244

SIXIÈME CHAPITRE. L'ADMINISTRATION DE LA FAILLITE. :

203	Le rôle du syndic dans l'administration de la faillite.....	249
-----	---	-----

Section I. Constatation de l'actif :

204	1° L'inventaire et l'estimation.....	250
205	Les devoirs du débiteur. — Le serment de manifestation dans les droits du groupe germanique....	250
206	L'inventaire	252
207	L'estimation	254

208	Les divergences entre législations quant à l'apposition des scellés..	254
2°	L'administration et la réalisation des biens du failli :	
209	Le syndic doit-il administrer ou ven- dre les biens ? — Fonctions que les différents législateurs lui ont assi- gnées	255
210	La loi allemande.....	257
211	La loi autrichienne.....	257
212	La loi hongroise.....	257
213	La loi italienne. — La réforme législa- tative de 1883.....	258
214	Système du C. de com. français : divi- sion de la procédure en deux phases	258
215	Etude de la loi yougoslave.....	260
216	Droits des créanciers gagistes.....	262
	<i>Section II. Procédure de vérification des créances :</i>	
217	Le but de cette procédure.....	263
218	1° Créances soumises à la procédure ..	264
219	a) Créances ordinaires	264
220	Transformation des créances dont l'objet n'est pas de l'argent..	264
221	Créances à terme.....	265
222	Particularités des créances à terme ne portant pas intérêts. — La- cune de la loi française.....	265
223	Créances ayant pour objet des prestations périodiques	266

224	Créances conditionnelles	267
225	Créances formant l'objet d'un procès	267
226	b) Créances garanties par des sûretés personnelles	268
227	c) Créances garanties par des sûretés réelles	268
228	d) Faillite des sociétés de personnes.	269
	2° Production des créances :	
229	Détermination du délai par le tribu- nal dans la majorité des législations. — Indulgence des lois modernes à l'égard des créances retardataires.	270
230	Forme de la production.....	271
231	Contenu de l'acte de production....	272
232	Effet de la production : interruption de la prescription de la créance....	273
233	3° Procédure de la vérification.....	274
	4° Résultats de la procédure :	
234	Diverses hypothèses possibles. Admis- sion provisionnelle:.....	276
235	Admission	277
236	Contestation	278
	Nature juridique de l'admission :	
237	1° Théorie française : contrat judiciaire.	281
238	2° Théorie allemande : jugement.....	282
239	Effets de l'admission.....	282

SEPTIÈME CHAPITRE. LES DIVERSES ISSUES
POSSIBLES DE LA FAILLITE :

240	Comment se termine la procédure de faillite ?	285
-----	--	-----

Section I. Clôture de la faillite pour cause
de défaut de conditions :

241	Arrêt de la procédure lorsque :	
242	1° Il n'y a qu'un seul créancier.....	286
243	2° L'actif est insuffisant pour couvrir les frais de procédure.....	286
244	Publication du jugement de clôture.	287

Section II. Le concordat amiable :

245	Le concordat amiable dans les législa- tions germaniques	287
246	Le système français.....	288
247	Le système germanique.....	288
248	L'ancienne loi serbe.....	290
249	Le Code de commerce italien.....	290
250	Le Code de commerce français.....	291
251	Le concordat par abandon d'actif dans le droit français.....	292

Section III. Le concordat de majorité :

252	Définition du concordat.....	293
253	Nature juridique. — Conception fran- çaise et conception germanique..	293
254	Avantages du concordat.....	294
255	Origines romaines et françaises du concordat	294

	1° Formation du concordat :	
256	Proposition. — Rapprochement progressif des législations sur ce point	295
257	Forme de la proposition.....	296
258	Délai pour former la proposition....	296
259	Contenu de la proposition.....	297
260	Particularité des lois germaniques : l'examen judiciaire préalable de la proposition	298
261	a) Règles impératives auxquelles le concordat ne peut déroger.....	298
262	b) Cas de refus obligatoire de la proposition par le tribunal.....	300
263	c) Cas de refus facultatif.....	301
264	Retrait de la proposition.....	303
265	Modifications à la proposition primitive	303
	2° Vote en assemblée des créanciers :	
266	Convocation de l'assemblée.....	304
267	L'assemblée concordataire	304
268	Le droit de vote. — Créanciers auxquels il est refusé. — Systèmes latin et germanique et leurs variantes...	306
269	Règles spéciales pour le cas de cession de créances	307
270	La nécessité d'une double majorité.	310
271	Diversité des lois quant à la majorité requise	312
	3° Homologation :	
272	Cas de refus obligatoire.....	313

273	Cas de refus facultatif.....	314
274	Dividende minimum exigé par certaines lois	314
275	Voies de recours.....	316
	4° Les effets du concordat :	
276	Clôture de la procédure.....	317
277	Les effets du concordat quant au débiteur	317
278	Les effets du concordat quant aux co-obligés du failli.....	318
279	Les effets du concordat quant aux créanciers	318
280	Sanctions conventionnelles prévues pour le cas d'inexécution.....	320
	5° Causes de destruction :	
281	Deux courants de législations.....	322
	1° Courant latin :	
282	a) France	322
283	b) Italie	323
284	2° Courant germanique : l'inexécution des engagements concordataires n'entraîne pas la résolution du concordat	324
	Causes d'annulation :	
285	1° Dol	325
286	2° Condamnation du débiteur pour banqueroute frauduleuse	325
287	Réouverture de la faillite.....	327
288	Nouvelle déclaration de faillite.....	328

Section IV. Répartition de la masse :

289	L'union de la loi française.....	329
	Système germanique. Paiement des créanciers :	
290	Tiers revendiquants	330
291	Créanciers armés de sûretés réelles.	330
292	Créanciers de la masse.....	330
293	Créanciers chirographaires	331
294	1° Répartition au cours de la procédure.	331
295	a) Répartition simple	332
296	b) Répartition judiciaire.....	332
297	c) Règles communes	333
298	2° Répartition finale	335
299	3° Répartition ultérieure	336
300	Clôture de la faillite.....	337

Section V. Procédure et effets du jugement qui prononce la clôture de la faillite :

301	La conception germanique de la faillite exige un jugement pour clore la procédure.....	337
302	Événements qui mettent fin à la procédure de faillite.....	338
303	Les effets de la clôture.....	339

HUITIÈME CHAPITRE. LA PROCÉDURE SOMMAIRE :

304	But de la procédure sommaire.....	343
305	Ses points caractéristiques.....	344
306	Particularité de la loi italienne.....	344

NEUVIÈME CHAPITRE. LES DIVERSES INFRACTIONS QUI PEUVENT SE PRODUIRE EN CAS DE FAILLITE :

307	Caractère pénal de la banqueroute.	345
308	Sa place dans le droit.....	346
309	La banqueroute frauduleuse	346
310	La banqueroute simple.....	347
311	Infractions commises par des tiers.	347
312	Infractions commises par des créanciers	348
313	Infractions commises par le syndic..	349

CONCLUSIONS :

314	Adoucissement progressif de la faillite...	351
315	Nécessité de séparer le « débiteur malheureux et de bonne foi » du failli malhonnête	352
316	Les divers procédés expérimentés dans les législations continentales pour atténuer les rigueurs de la faillite.....	353
317	1. Sursis de paiement.....	353
318	2. Liquidation judiciaire	353
319	3. Concordat préventif	355
320	Avantages du concordat préventif.....	356
321	Tendance à devenir un des éléments du droit commun de l'Europe continentale.	356
322	Ses traits essentiels.....	358
323	Qui peut le demander ?.....	359
324	Ce mode de liquidation est réservé aux débiteurs malheureux et de bonne foi....	359

325	Admissibilité à la procédure.....	360
326	Homologation du concordat.....	361
327	Formalités de la procédure.....	361
328	Les effets du concordat.....	363
329	Le vote du concordat.....	365
330	Conclusions	366

Introduction

I. — GÉNÉRALITÉS

1. — Selon les règles du droit, le créancier a pour gage le patrimoine du débiteur ; son droit porte sur l'ensemble des biens de ce dernier. Dès lors qu'un débiteur ne s'acquitte pas de ses obligations, le créancier procède à l'exécution, il contraint le débiteur à vendre une fraction de son patrimoine et s'empare du prix fourni par l'acquéreur. Cette saisie repose sur un procédé individualiste ; le créancier poursuivant son débiteur ne s'occupe pas des intérêts des autres. Le débiteur ne peut pas s'opposer à l'exécution en invoquant le fait que son actif ne suffit pas à désintéresser ses créanciers ; ainsi il arrive que les premiers saisissants recevront entière satisfaction, alors que les créanciers retardataires, ayant eu confiance en leur débiteur, n'auront rien.

Déjà les Romains ont été frappés de cette différence de traitement entre les créanciers et ont organisé une procédure collective, plus particulièrement là où le grand nombre de créanciers faisait prévoir l'insuffisance de l'actif à payer toutes les dettes.

Dans notre société moderne, qui a pour base le crédit et où l'insolvabilité ou même la cessation de paiements peut provoquer des troubles dans la vie économique, la faillite est devenue une institution sociale. La conception moderne de la collectivité exige que, toutes les fois où les intérêts communs sont en jeu, les intérêts individuels doivent céder. Cette idée, appliquée à notre matière, aboutit à ce résultat : lorsqu'un débiteur ne se trouve plus en état de remplir tous ses engagements, le principe de l'exécution individuelle : *prior tempore potior jure* doit s'effacer devant le principe de l'égalité des créanciers. L'exécution individuelle doit céder sa place à une exécution collective.

L'exécution collective suppose une certaine organisation. Mais la procédure de faillite ne peut être organisée de la même façon dans les différentes sociétés. La manière d'envisager l'insolvabilité dépend des variations de la vie économique ; ainsi, en temps de crise, celui qui ne fait pas honneur à sa parole, n'est pas très sévèrement jugé, et l'on pourrait peut-être même dire que dans une période critique l'effondrement économique d'une personne ou d'une entreprise n'est point un phénomène anormal.

Les lois réglementant l'exécution collective, doivent toujours être soumises à des modifications nécessaires correspondant aux réalités de la vie et à la mentalité des hommes. Or, les conditions de la vie et la conception de la morale commerciale changent suivant l'époque.

Il y a cent vingt-cinq ans que le Code de commerce

français a posé, dans l'Europe nouvelle, les principes modernes de la faillite, la séparant ainsi de la conception traditionnelle de faillite-banqueroute. Depuis un siècle et quart, le jurisconsulte est à la recherche de la meilleure solution de ce grave problème. Certes, la tâche du législateur n'est pas facile ; il doit concilier les deux intérêts opposés : l'intérêt des créanciers qui désirent « sauver du naufrage les plus grosses épaves » — suivant l'expression de THALLER — et l'intérêt du débiteur dont l'activité économique ne doit pas être trop longtemps éliminée de la vie sociale. Il faut que la loi, par sa sévérité, empêche les fraudes, mais, d'un autre côté, cette sévérité ne doit pas être exagérée, car on ne doit pas perdre de vue que la faillite est très souvent la conséquence d'une crise économique dont le débiteur n'est qu'une victime accidentelle.

II. — DEUX SYSTÈMES JURIDIQUES : LE COMMON LAW ET LE DROIT CONTINENTAL ⁽¹⁾

2. — Pour avoir une large vue générale, il est très utile, en notre matière, de comparer les diverses législations. C'est souvent dans les lois étrangères qu'on trouve des idées nouvelles et, après l'examen des résultats obtenus, l'amélioration sera plus facilement atteinte.

(1) Principales sources bibliographiques pour les pays anglo-saxons :

LAMBERT, *L'enseignement du droit comparé*.

THALLER, *Des faillites en droit comparé*, I, n^{os} 24 et suiv.

LYON-CAEN, *La loi anglaise sur la faillite du 25 août 1883*.

KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, p. 57 et suiv.

Dans la grande communauté internationale, deux cultures juridiques se trouvent en face : le système du *common law* des peuples anglo-saxons et le système du *droit civil ou continental* des peuples formés à l'école juridique romaine.

Le droit anglais, n'ayant pas subi la renaissance du droit romain ou s'étant débarrassé finalement de ses effets, a pris un développement indépendant des pays continentaux. Sans doute, la loi anglaise de la faillite n'est pas du domaine du *common law*, elle appartient au *statute law*. Mais le droit de faillite s'est développé dans l'ambiance du droit coutumier, dans son esprit.

Le caractère de droit coutumier des lois anglaises empêche leur rapprochement avec le mouvement législatif du continent. L'incompatibilité d'humeur entre le *common law* et les droits d'origine romaine a été constatée à plusieurs reprises aux Conférences Internationales. L'impossibilité de les ramener à une commune mesure, même pour des matières commerciales, comme les effets de commerce, a été démontrée aux Conférences de La Haye de 1910 et 1912, qui ont abouti à cette conclusion qu'il fallait se borner à édifier un droit uniforme pour les pays de droit romain, en face d'un autre droit uniforme déjà dégagé pour les pays de *common law*. « Si l'on pouvait obtenir une uniformité relative de la législation et des usages concernant les effets de commerce, au moins dans les nombreux Etats de l'Europe continentale, un grand pas serait déjà fait dans la voie des encouragements au commerce international; il en serait ainsi, quand bien

même des différences continueraient à subsister entre le régime de l'Europe continentale, d'une part, celui de la Grande-Bretagne, des colonies britanniques et des Etats-Unis de l'autre. » ⁽²⁾.

En raison des grandes différences existant entre ces deux systèmes juridiques, nous avons écarté la comparaison des lois des pays européens avec la jurisprudence anglo-saxonne sur la matière.

3. — Cependant il n'est pas sans intérêt de faire un bref exposé de l'histoire de la faillite en Angleterre et d'en déterminer les points caractéristiques.

Le droit coutumier anglais ne consacrait aucune règle spéciale relativement aux débiteurs insolvables. La première loi sur la faillite a été faite sous le règne de Henri VIII, en 1543. Elle était dirigée contre les débiteurs, commerçants ou non, qui cherchaient, par des moyens frauduleux, à se soustraire au paiement de leurs dettes. Elle qualifiait de *bankrupt* « celui qui, après avoir obtenu artificieusement du crédit, s'enfuyait subitement dans les lieux inconnus ou qui, restant chez lui, ne s'inquiétait pas de payer ses créanciers et consommait son actif en menant une vie de luxe et de plaisir, contre toute équité et conscience » ⁽³⁾. Le droit de la faillite était de caractère pénal, l'acte de banqueroute était un crime et le banqueroutier était appelé *offender*, délinquant. La loi de 1571, rendue sous le règne d'Elisabeth, restreignit la fail-

(2) Déclaration de CONANT, délégué des Etats-Unis, à la Conférence de La Haye du 21 juillet 1910.

(3) LYON-CAEN, *La loi anglaise sur la faillite*, Introd., p. 5.

lite aux seuls commerçants, et cette limitation de la faillite n'a disparu qu'en 1861. Le débiteur non commerçant restait soumis aux règles rigoureuses de la contrainte par corps. Pour éviter les conséquences fort dures de cette loi, il fut établi, en 1813, à côté de la procédure de *bankruptcy*, la procédure d'*insolvency*, applicable à tous les débiteurs. La loi de 1861 a supprimé la procédure d'insolvabilité, et la faillite fut étendue aux non-commerçants. La même loi a substitué aux *certificates of conformity l'order of discharge* : elle a donné le nom d'ordre de décharge à la décision judiciaire libérant le failli de la portion de ses dettes non acquittée par lui.

4. — Le législateur de 1869, considérant la faillite comme une affaire d'intérêt privé à régler librement entre le failli et ses créanciers, a supprimé le contrôle de l'autorité publique. Les syndics officiels (*official assignees*) ont disparu et l'administration de la faillite a été laissée exclusivement aux syndics choisis par l'assemblée des créanciers (*creditors assignees*). Le nom d'*assignee* cesse d'être donné aux syndics, on les appelle : *trustee in bankruptcy*.

5. — La loi qui réglementait la faillite jusqu'à 1914, était l'acte de 1883. Ses dispositions sont reproduites par la loi du 10 août 1914. L'acte de 1883 ne considère plus la faillite comme une pure affaire d'intérêt privé, mais elle la soumet à la surveillance du *Board of Trade*, administration qui correspond à nos ministères de commerce et des travaux publics. Pour l'exer-

cice de ses attributions, le *Board of Trade* doit nommer des fonctionnaires spéciaux, appelés *official receivers*, séquestres officiels, qui jouent le rôle des juges-commissaires des droits continentaux.

6. — D'après la conception anglaise, la faillite doit par elle-même conduire à une décharge du débiteur : il sort de la faillite libéré pour l'avenir, et la décision de la Cour, qui clôt la faillite, lui vaut quittance (art. 28). Une pareille règle est de nature à évoquer la procédure romaine où l'introduction du procès épuisait le droit déduit en justice : la faillite convertit la créance en un droit au dividende.

L'organisation de la procédure de faillite différencie profondément la loi anglaise des lois continentales. La loi de 1883 a divisé la procédure en deux phases :

a) La procédure préliminaire ayant pour but de faciliter la conclusion d'un arrangement ou d'un concordat préventif de la faillite. Quand la demande semble justifiée à la Cour, elle ne peut pas prononcer sur-le-champ la déclaration de la faillite. Elle doit d'abord nommer, par une ordonnance de séquestre (*receiving order*), un séquestre officiel (*official receiver*) qui a pour fonction la sauvegarde de l'actif du débiteur. Cette ordonnance n'entraîne pour le débiteur aucune incapacité politique ; le débiteur garde la propriété de ses biens, seulement il ne peut plus contracter des dettes nouvelles, ni disposer de son actif. Les créanciers sont convoqués en assemblée pour délibérer s'il y a lieu d'accueillir une proposition de liquidation amiable (*scheme of arrangement*) ou de concordat (*composition*).

b) Si le concordat ou l'arrangement n'a pas été voté aux majorités requises ou s'il n'a pas été homologué par la Cour, la déclaration de faillite sera prononcée (*adjudication of bankruptcy*). En vertu de ce jugement, les biens du failli seront partageables entre ses créanciers et transmis à un syndic (*the property of the bankrupt shall become divisible among his creditors and shall vest in a trustee* ; art. 20, al. 1^{er} in fine) ⁽⁴⁾. Il y a donc une décomposition de la propriété en deux propriétés : la propriété légale, *property at law*, appartenant au *trustee* (syndic) et la propriété utile, qualifiée de *use*, de *cestui que trust*, du bénéficiaire, c'est-à-dire de l'ensemble des créanciers de faillite. Les biens remis au fiduciaire deviennent véritablement sa propriété, à charge par lui d'exécuter la mission.

D'après le principe posé par la loi de 1571, la déclaration de faillite avait un effet rétroactif (*retrospective relation*). Les conséquences de cette règle étaient très graves : tous les actes faits depuis lors par le débiteur au préjudice de ses créanciers, tombaient. Après divers remèdes partiels, deux mesures ont été prises : les actes à titre onéreux accomplis au cours de cette « période suspecte » n'ont été atteints qu'en cas de mauvaise foi des tiers ; ensuite la loi exige que l'*act of bankruptcy*, pour donner lieu à la faillite, se soit produit dans les trois mois qui précèdent la demande en faillite (art. 43).

L'actif qui est transmis au syndic se compose des

(4) La même idée a été exprimée par CASAREGIS (*Discursus legales*, 53, n° 16) : *decocti actiones et jura ipso jure transeunt in creditoris, in vim cessionis legalis*.

biens appartenant au failli ; mais, d'après la théorie de la *propriété présumée* (*reputed ownership*), les meubles qui se trouvent en la possession du failli, du consentement de la personne qui en est propriétaire, sont traités comme faisant partie de l'actif du failli. Le but de cette théorie est de protéger les créanciers d'une personne contre le faux crédit qu'elle peut obtenir, quand elle est laissée en possession de biens ne lui appartenant pas, de telle sorte qu'elle en est propriétaire apparent.

La loi de 1883 assimile complètement les débiteurs civils aux commerçants. Cependant les sociétés ne peuvent pas être déclarées en faillite. Pour elles, la faillite est remplacée par la mise en liquidation par ordre de la Cour. (V. la loi sur les sociétés, du 7 août 1862, art. 74 à 204, modifiée par la loi du 20 août 1867, art. 40 à 45.)

Un des traits caractéristiques de la loi anglaise est l'énumération limitative des faits de nature à entraîner la faillite (art. 4).

Au cours de la procédure de faillite, le débiteur peut obtenir la remise d'une partie de ses dettes par un concordat. Mais la Cour a le pouvoir de rendre un *order of discharge*, qui libère le failli de ses dettes, sans qu'il soit besoin du consentement des créanciers.

La loi organise enfin une procédure sommaire applicable aux petites faillites. Est considérée comme *small bankruptcy* celle dont l'actif ne semble pas dépasser 3.000 livres sterling (soit 300.000 francs).

7. — La loi de 1883 ayant été modifiée à plusieurs

reprises, une nouvelle loi est intervenue, en date du 10 août 1914, pour codifier la législation relative à la faillite (*An act to consolidate the law relating to Bankruptcy*) ⁽⁵⁾. Elle reproduit les dispositions de la loi de 1883 avec les modifications et additions y apportées par des lois postérieures.

8. — Au droit coutumier anglais s'oppose le droit des peuples du continent européen : droit d'origine romaine. Vu des Etats-Unis, ce droit apparaît comme un bloc s'opposant au bloc du *common law*. A distance, les divergences intérieures s'estompent pour ne laisser apparaître que les points communs. D'où le rassemblement de ces droits par les Nord-Américains en un seul corps : *continental law* (droit de l'Europe continentale) ou *civil law* (corps de droit venu du droit romain). Vu de l'intérieur, ce droit européen continental se subdivise en deux grandes branches principales, reliées par la communauté de dégagement du tronc du droit romain, mais ayant pris dans la seconde moitié du xix^e siècle et pendant le xx^e siècle leurs tendances propres : le droit latin et le droit germanique.

Mais, avant de dégager les points caractéristiques de chacun des deux groupes de législations, jetons un regard rétrospectif pour rappeler les principales phases historiques que l'institution a parcourues.

(5) V. *Annuaire de législation étrangère*, 1914-1915, p. 72.

III. — L'ÉVOLUTION DE L'INSTITUTION DE LA FAILLITE
DANS LE GROUPE DES ÉTATS DE CULTURE
JURIDIQUE ROMAINE

9. — Comme dans toute société primitive, à Rome, la procédure de l'exécution s'adressait à la personne et non pas au patrimoine. Le débiteur devait répondre pour toutes ses dettes sur tous ses biens personnels ; la liberté, l'honneur et la vie étaient sacrifiés quand les dettes étaient restées impayées. Si le débiteur était mort, c'était son corps qui garantissait les dettes : le créancier s'emparait de son corps. Plusieurs créanciers se trouvaient-ils en face, la loi sévère des XII Tables recevait son application : *tertius nundinis partis secanto*, les créanciers se partageaient le cadavre. On peut voir dans cette disposition l'origine du principe dominant la faillite : *par conditio omnium creditorum*, condition égale de tous les créanciers.

Un second pas de l'évolution consiste dans le passage à l'exécution sur les biens. Dans cette phase de l'histoire de la faillite, deux institutions ont été créées afin de payer les créanciers sur les biens du débiteur : la *missio in bona* et la *cessio bonorum*.

10. — Dans la *missio in bona*, l'idée d'un syndicat des créanciers a été réalisée : le demandeur à la faillite agissait pour tous les créanciers. Le patrimoine était vendu en bloc à un *bonorum emptor* qui procédait au paiement des créanciers dans les proportions déterminées. Cependant, au début de l'Empire, une autre pro-

cédure a été usitée : tout en maintenant le principe de l'égalité des créanciers, un curateur était nommé qui avait pour mission de vendre les biens séparément. Les créanciers avaient le choix entre la vente en bloc, l'*emptio bonorum*, et l'élection d'un *curator bonis distrahendis* qui procédait à la vente partielle. Mais lorsque le débiteur était une *clara persona*, la procédure de vente partielle s'imposait, *ut honestius creditoribus solveretur*, car la *venditio bonorum* avait pour conséquence l'infamie.

11. — Un autre mode d'exécution sur les biens était la *cessio bonorum*. Le débiteur délaissait ses biens à ses créanciers pour que ces derniers se fassent payer. La cession de biens avait l'avantage d'éviter la prison et l'infamie.

Dans le droit romain, les créanciers procédaient à l'exécution eux-mêmes, le mode de la prise de possession et de la réalisation de leurs droits était déterminé par leur propre volonté.

12. — Cependant, au début du moyen âge, une autre conception de la faillite gagna du terrain : la conception d'intérêt public de la faillite ⁽⁶⁾, c'est le tribunal qui se charge de toute la liquidation. Au cours de l'évolution de notre institution, ces deux manières

(6) KOHLER appelle la première conception : *privatrechtliche Auffassung*, et la seconde : *publizistische Auffassung*, *Lehrbuch*, p. 8 et s. — Sur l'histoire de la faillite, v. THALLER, *Des faillites*, I, n^{os} 5 à 11 ; PERCEROU, *Des faillites et des banqueroutes*, n^{os} 5 à 37 ; KOHLER, *Lehrbuch*, toute l'introduction, p. 1 à 66 ; cette partie du *Lehrbuch* de KOHLER est traduite dans les *Annales de droit commercial*, 1891, p. 195 et 228 ; 1892, p. 16 et 71.

d'envisager le caractère de la faillite se sont succédé alternativement. Les lois tour à tour ont considéré la faillite comme une affaire purement privée à régler librement entre les créanciers et le failli, ou comme une affaire touchant à l'intérêt public et exigeant l'intervention de l'autorité administrative ou du pouvoir judiciaire.

13. — La première conception a été consacrée par les statuts des républiques italiennes, d'où, à la suite des relations commerciales, elle a passé en France. L'idée opposée, la conception d'intérêt public de la faillite, a été adoptée en Espagne et de là elle a conquis la pratique allemande.

En Angleterre, les deux principes sont représentés : la procédure ordinaire du concours est basée sur le principe de l'autonomie des créanciers, tandis que, pour la liquidation des sociétés, une procédure purement judiciaire est réservée.

14. — A part quelques questions de détail, les statuts des républiques italiennes édictaient des règles analogues pour la procédure de faillite. Elle s'ouvrait en cas de cessation de paiements. La faillite n'était pas réservée aux seuls commerçants. Un curateur était nommé soit par le juge, soit par les créanciers réunis en assemblée. Il n'était pas rare de voir les créanciers nommer un comité de *tres quatuorve cum pleno mandato*. Le débiteur était dessaisi de son patrimoine. Il était admis à conclure avec ses créanciers un concordat de majorité. Abstraction faite des privilèges, les créanciers étaient payés au prorata de leurs créances.

15. — « La procédure italienne a passé en France, en partie par l'influence des villes commerçantes, en partie par l'effet de la littérature italienne, et de là elle a conquis le monde entier. » (7). Déjà les anciennes coutumes, tout en reconnaissant le privilège du premier saisissant, consacraient l'égalité des créanciers en cas de déconfiture.

Le règlement de la place des changes de Lyon, proposé par les négociants de cette ville, qui porte la date du 2 juin 1667, est le premier texte français ayant trait à la faillite. Les Ordonnances royales antérieures, qui se succèdent de François I^{er} (Ord. de 1536) à Louis XIII (Ord. de 1629), n'envisageaient que le côté de la répression et édictaient contre le banqueroutier la peine de mort.

L'art. 13 de l'Ordonnance de 1667 accuse le mieux l'influence italienne : « Toutes cessions et transports sur les effets des faillis seront nuls s'ils ne sont faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue. » Par là s'introduisait en France l'idée de la période suspecte.

En 1673 fut promulguée l'Ordonnance de commerce, la première codification du droit du commerce, et qui précéda immédiatement le Code de 1807. Mais à la différence du règlement lyonnais, l'Ordonnance de 1673 ne confère aux créanciers que l'action paulienne pour incriminer les opérations passées du failli. Il faut attendre jusqu'à 1702 pour obtenir une déclaration royale établissant la période suspecte.

(7) KOHLER, *op. cit.*, p. 15.

16. — Le Code de commerce de 1807 a organisé d'une façon détaillée la procédure de faillite. Il a conservé les meilleures dispositions des Ordonnances antérieures ; cependant il faisait produire les effets de la faillite, et par conséquent le dessaisissement du débiteur, à partir du jour de la cessation de paiements. Il est intéressant de noter que ce Code a, pour la première fois dans toute l'histoire de la faillite, restreint l'application de cette procédure aux seuls commerçants ; cette restriction a été maintenue par les lois ultérieures et par la plupart des Codes étrangers qui ont reproduit les dispositions de cette loi. D'autre part, la loi n'a encore séparé qu'incomplètement la faillite de la banqueroute ; elle a paru au commerce beaucoup trop lourde. Ainsi elle n'a eu que trente ans d'existence. Le livre III du Code a été refondu par la loi du 23 mai 1838. Les sévérités passées reçoivent alors des atténuations nombreuses ; une délimitation plus claire de la période suspecte succède à des formules trop absolues.

Cependant, après un demi-siècle d'application, cette loi a subi les mêmes critiques que le Code de 1807. On accusa la loi de ne pas avoir assez contribué au relèvement du commerçant. Ce furent les lois provisoires du 22 août 1848 et de 1871 (22 avril, 9 septembre et 19 décembre) qui indiquèrent le chemin nouveau que devait suivre l'institution de la faillite. Une proposition de loi tendant à introduire une procédure de liquidation pour prévenir la faillite, fut soumise à la Chambre des Députés par Saint-Martin. Modifiée sur des points essentiels par le Conseil d'Etat,

la proposition de Saint-Martin aboutit à la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire ⁽⁸⁾.

17. — Après cette courte revue de l'histoire de la faillite en France, regardons comment elle s'est développée en Espagne. Dans ce dernier Etat la faillite a reçu un autre caractère : elle a été considérée comme une affaire touchant l'intérêt public. C'était le tribunal qui administrait et vendait les biens du failli et c'était encore lui qui effectuait la répartition des deniers. Une des conséquences de la procédure judiciaire était l'obligation des créanciers à privilège spécial et des tiers revendiquant de présenter au tribunal leurs créances. Cette procédure n'a reçu application que grâce au génie du jurisconsulte *Salgado de Samoja* qui, dans son livre célèbre : *Labyrinthus Creditorum*, a élaboré tout le système avec une rare précision.

D'après cette procédure, le débiteur exposait devant le tribunal sa situation matérielle et déposait une liste contenant l'énumération de ses créanciers ; ces derniers étaient convoqués par le tribunal afin de proposer au tribunal un administrateur. Cependant le débiteur n'était pas dessaisi de la possession de ses biens ; il gardait *dominium et possessionem* ; il avait toutes les actions ; *in eundem debitorem dirigantur et exercent actiones activas et passivas*. Il ne perdait pas sa capacité juridique : *non prohibetur absolute contrahere, sed limitative in prejudicium scilicet juris jam quaesiti creditoribus in bonis debitoris* ⁽⁹⁾.

(8) V. *Journal des faillites et des liquidations judiciaires*, 1882, p. 313, 363 et 422.

(9) *Labyr. cred.*, II, c. 14, n° 95.

Il convient de noter que cette procédure ne s'appliquait qu'à la cession des biens coutumière, c'est-à-dire à la procédure où le débiteur demandait à la justice de procéder à une liquidation générale des biens. *Salgado de Samoza* distingue clairement ce cas de celui où les créanciers poursuivent leur débiteur en paiement de leurs créances ; ce dernier cas n'est pas un *concursum creditorum*, mais un *lis creditorum* ⁽¹⁰⁾.

Cette procédure judiciaire était inférieure à celle pratiquée dans les villes italiennes. Car, au lieu d'appliquer des règles élastiques correspondant aux circonstances, elle avait édicté des règles uniformes, précises, doctrinaires. Toute la procédure était concentrée entre les mains d'un tribunal, ce qui ne faisait que la prolonger et la compliquer.

18. — Les statuts des villes allemandes réglementant la faillite ont, eux aussi, subi l'influence de la procédure romano-italienne. Ainsi, par exemple, à Hambourg ce système a été conservé jusqu'à la loi allemande de 1877. Mais en général toutes les villes allemandes ont subi l'influence de la procédure espagnole. La théorie de *Salgado de Samoza* se retrouve dans le *Codex Bavaricus judicarius* de 1753. Il faut attendre jusqu'à la *Preussische Konkursordnung* du 8 mai 1855 pour arriver à l'abandon du système espagnol. Cette loi, qui a servi d'exemple à plusieurs lois d'Europe Centrale, marque un retour au système italo-français. Elle a consacré les principes exprimés par le

(10) *Labyr. cred.*, I, 1, pr. n° 5 ; *Labyr. cred.*, I, 4, § 1, n°s 30 à 32.

Code de commerce français de 1807, mais sous certaines modifications. Ainsi, à la différence du droit français, elle étend l'application de la faillite à tous les débiteurs civils ou commerçants, mais elle ne va pas jusqu'à les assimiler. Après la constitution de l'Empire allemand, une loi a été promulguée le 10 février 1877, qui a été modifiée par une loi plus récente, celle du 17 mai 1898, qui entra en vigueur, avec le Code civil allemand, le 1^{er} janvier 1900.

19. — En un mot, c'est la faillite romaine, élaborée par les jurisconsultes italiens du moyen âge, perfectionnée par le Code de commerce de 1807, qui constitue l'origine de la faillite moderne. C'est le Code de commerce français qui a servi, directement ou indirectement, de modèle aux lois de faillite des peuples européens. Nous constatons une unité générale des droits des pays européens, unité fournie par le large fond de données, de règles, de conceptions puisées dans le droit romain. Cependant il existe des diversités dues au développement indépendant des droits nationaux et au travail d'adaptation de ces droits aux directives et aux aspirations de l'économie nationale des différents pays.

Les lois formant le groupe du droit civil, au sens anglo-américain du mot, se subdivisent entre elles en deux groupes.

Nous avons dit plus haut que la loi prussienne sur la faillite a suivi le système adopté par les constructeurs du Code de commerce de 1807, mais elle en a profondément modifié certaines dispositions. Par suite

des similitudes de la structure juridique, cette loi a inspiré le législateur de plusieurs pays d'Europe centrale lors des révisions de la fin du *xix*^e siècle. D'autres pays, suivant les traditions latines, et par l'influence de la culture latine, ont conservé le système français. Ainsi deux grands courants se sont créés qui se disputent la direction de la marche générale du droit européen continental : le courant latin et le courant d'origine germanique. Mais il ne faut pas croire que cette répartition réponde à une délimitation géographique précise ; certaines lois n'ont expressément opté ni pour l'un ni pour l'autre système, mais constituent au contraire des transitions.

20. — Le groupe latin comprend en général les pays de race, de langue et de culture latines, l'Europe occidentale et méridionale ainsi que l'Amérique du Sud. Voici l'énumération des Etats européens rentrant dans ce premier groupe.

BELGIQUE. — Le Code de commerce français est resté en vigueur en Belgique. Il fut refondu par une loi du 18 avril 1851, inspirée en grande partie de la loi française de 1838, mais avec cette différence, qu'elle admet le sursis de paiement. Plus tard, diverses lois ont introduit dans ce pays le concordat préventif (loi du 29 juin 1887) ⁽¹¹⁾.

BULGARIE. — Le royaume de Bulgarie est pourvu d'un Code de commerce, publié le 12 janvier 1898,

(11) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1887, p. 563, traduction et notices de LYON-CAEN.

dont le livre III réglemeute la faillite ; il suit de très près le droit français.

ESPAGNE. — A la différence des autres pays latins, l'Espagne connaît deux procédures de concours parallèles : l'une pour les commerçants, l'autre pour les débiteurs civils. La première (*quiebra*) est réglée, quant aux dispositions de fond, par le livre IV du *Codigo de comercio* du 22 août 1885 (*De la suspensión de pagos, de las quiebras y de las prescripciones*), art. 870 à 941, modifiés par la loi du 10 juin 1897 ⁽¹²⁾ et, quant à la forme, par le titre XIII (art. 1318 à 1389) de la loi judiciaire du 3 février 1881 (*Ley de Enjuiciamiento civil*). Cette même loi organise une procédure de concours (*concurso*) pour les débiteurs civils (titre XII, art. 1130 à 1317). Ces deux procédures présentent d'assez grandes analogies, mais elles diffèrent au point de vue de leurs conditions d'ouverture, et les nullités de la période suspecte sont inconnues dans le *concurso* ⁽¹³⁾.

GRÈCE. — Le Code de commerce du 1^{er} mai 1835 est copié sur le Code de commerce français. Il a été remanié par la loi du 17/25 décembre 1878 ⁽¹⁴⁾. En outre, la loi du 6 février 1893 a introduit la liquidation judiciaire ⁽¹⁵⁾.

FRANCE. — Nous avons vu l'évolution de la faillite en France. Elle est actuellement régie par le livre III

(12) V. *Annales de droit com.*, 1897, p. 419 et 1899, p. 160.

(13) V. *Etude critique de la législation espagnole sur la suspension de paiements*, d'ANTONIO DE LA FIGUERA Y LEXANO, *Annales de droit com.*, 1903, p. 100 et s.

(14) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1879, p. 673.

(15) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1893, p. 705.

(art. 437 à 614) du Code de commerce (loi du 28 mai 1838), modifié par la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire. Par suite des événements résultant de la guerre, une loi du 2 juillet 1919 a institué le *règlement transactionnel* à titre provisoire, supprimé par la loi du 28 avril 1922 ⁽¹⁶⁾.

ITALIE. — L'ancien Code de commerce du 25 juin 1865 a été abrogé par un autre plus récent dont les dispositions sur les faillites sont empruntées au Code de commerce français. La faillite fait l'objet du livre III (art. 683 à 867) du nouveau *Codice di commercio del regno d'Italia* du 2 avril 1882, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1883. Il admet le sursis de paiement (*moratoria*). La loi du 24 mai 1903 ⁽¹⁷⁾ a introduit dans ce pays le concordat préventif. En outre, une loi récente, du 10 juillet 1930, a apporté diverses modifications à la procédure de faillite ⁽¹⁸⁾.

LUXEMBOURG. — La procédure de faillite est régie par la loi du 2 juillet 1870 qui suit de près la loi belge de 1851. Une autre loi du 14 avril 1886 ⁽¹⁹⁾ y a introduit le concordat préventif, modifié par la loi du 1^{er} février 1911 ⁽²⁰⁾.

PORTUGAL. — L'ancien *Codigo commercial Portuguez* du 18 septembre 1833 a été remplacé par celui du 28 juin 1888. Les dispositions du livre III relatives

(16) V. ALMÉRAS, *Des innovations de la loi du 2 juillet 1919*.

(17) V. *Annales de droit com.*, 1903, p. 318 ; *Annuaire de lég. étr.*, 1903, p. 214, traduction et analyse par LEPelletier.

(18) NAVARRINI, *Le nuove disposizioni in materia fallimentare* ; CRESPOLANI, *Il codice del fallimento, del concordato preventivo, dei piccoli fallimenti*.

(19) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1886, p. 519.

(20) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1911, p. 513.

à la faillite (art. 1121 à 1289), ont été complétées par le décret du 26 juillet 1899 ⁽²¹⁾.

ROUMANIE. — Le Code de commerce roumain du 16 avril 1887 s'inspirait directement de la législation italienne. Il a été modifié par la loi du 20 juin 1895 qui a institué les magistrats-syndics, assimilés aux juges et nommés par décret royal. D'autres modifications ont été apportées par les lois du 31 mars 1901 et du 1/14 mars 1902 ⁽²²⁾.

21. — Enumérons maintenant les Etats appartenant au groupe que nous avons qualifié de germanique.

ALLEMAGNE. — Avant l'influence des lois italiennes du moyen âge, en Allemagne toute la procédure d'exécution a été dominée par le principe *prior tempore potior jure*. Mais la théorie étatique de *Salgado de Samoza* a conquis les pays allemands et avant la *Konkursordnung* de 1877 presque toutes les lois germaniques présentaient ce caractère commun qu'elles donnaient, dans le fonctionnement de la procédure de concours, un rôle prépondérant à la justice. Mais la loi prussienne du 8 mai 1855 marque déjà un abandon du système espagnol. La loi d'Empire sur la faillite a été remaniée par la loi du 17 mai 1898. Elle est divisée en trois livres : livre I (art. 1 à 70) : *Konkursrecht*, livre II (art. 71 à 238) : *Konkursverfahren* et livre III (art. 239 à 244) : *Strafbestimmungen*. Elle a été complétée par la loi du 17 mai 1898 sur l'annulation, en dehors de la procédure de concours, des actes con-

(21) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1900, p. 412.

(22) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1902, p. 630.

sentis par un débiteur. Au cours de la guerre, le concordat préventif a été introduit à titre provisoire par l'ordonnance du Conseil fédéral du 14 décembre 1916 ⁽²³⁾, modifiée par les lois du 8 février 1924 et du 14 juin 1924 et qui a abouti à la loi du 5 juillet 1927 sur le concordat préventif (*Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses* appelé : *Vergleichsordnung*) ⁽²⁴⁾.

AUTRICHE. — L'Autriche était pourvue d'une *Konkursordnung* du 25 décembre 1868 qui succédait au *règlement général* de 1782. Cette loi reproduisait en substance les dispositions de la loi prussienne de 1855. Elle organisait deux procédures différentes, l'une pour les commerçants (*kaufmännischer Konkurs*) et l'autre pour les débiteurs civils (*ordentliches Konkursverfahren*). Les lacunes de la loi de 1868 ont été comblées par la loi du 16 mars 1884 sur l'annulation des actes faits par un débiteur. Les conditions d'ouverture n'étaient pas les mêmes dans les deux procédures, le concordat n'était admis que pour les commerçants. Une ordonnance en date du 10 décembre 1914 abrogea cette loi et mit en vigueur trois lois : une nouvelle *Konkursordnung* (se composant de 177 articles), une loi sur le concordat préventif (*Ausgleichsordnung*, contenant 63 articles) et une loi sur l'annulation, en dehors de la procédure de concours, des actes consentis par un débiteur (*Anfechtungsgesetz*). Plusieurs

(23) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1916-1917, p. 585, Analyse par LYON-CAEN.

(24) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1927, p. 492, traduite et annotée par LYON-CAEN. — HEILFRON-PICK, *Grundriss des Zivilprozess- und Konkursrechts*, II, p. 242 et s.

dispositions de ces lois ont été modifiées par la loi du 20 février 1925 ⁽²⁵⁾. La loi de concours de 1914 a réalisé l'assimilation des commerçants et des débiteurs civils. En outre, elle a restreint les pouvoirs de la masse des créanciers ⁽²⁶⁾.

DANEMARK. — La faillite est régie par la loi du 29 mars 1872, suivant de très près la loi norvégienne. Elle a été modifiée par la loi du 18 décembre 1897 ⁽²⁷⁾ et par celle du 20 mars 1901 ⁽²⁸⁾.

FINLANDE. — La Finlande est pourvue d'une loi du 9 novembre 1868 ⁽²⁹⁾, modifiée par les lois du 30 mars et 1^{er} juin 1922 ⁽³⁰⁾ et par celle du 14 février 1925 ⁽³¹⁾.

HOLLANDE. — L'ancien Code de commerce hollandais du 10 avril 1838 ne connaissait que la faillite commerciale (art. 764 à 923). Mais le Code de procédure civile (art. 882 et suiv.) organisait une procédure de concours pour les débiteurs civils. La loi du 30 septembre 1893 ⁽³²⁾, en remplaçant l'ancienne législation, consacre la faillite unique.

HONGRIE. — L'ancienne loi de 1840 a été remplacée par celle du 30 mai 1881 (1881 : XVII) ⁽³³⁾. Le con-

(25) FRIEDLAENDER, *Die Novelle zur Ausgleichs- und zur Konkursordnung*.

(26) BARTSCH, *Grundriss des Ausgleichs- und Konkursrechts*; LEHMANN, *Kommentar zur österreichischen Ausgleichsordnung*.

(27) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1897, p. 693.

(28) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1901, p. 393.

(29) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1879, p. 744.

(30) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1923, p. 486.

(31) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1925, p. 213.

(32) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1893, p. 400; JITTA, *Législation néerlandaise*, dans les *Annales de droit com.*, 1896, p. 303; 1902, p. 57.

(33) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1881, p. 320, notice de BUENOIR; *Journal des faillites*, 1883, p. 273 et 328; KATONA, *A csödtörvény kézikönyve*.

cordat préventif y fut introduit d'abord à titre provisoire par le décret ministériel de 1915/4070, ensuite à titre définitif par un autre de 1926/1410 modifié en 1927 (1927/5000) ⁽³⁴⁾. La loi de concours de 1881 (*Csödtörvény*, divisée en deux parties : Partie I : Les règles de fond, art. 1 à 71, et Partie II : La procédure de concours, art. 72 à 271.) a combiné la loi autrichienne de 1868 et la loi allemande de 1877.

NORVÈGE. — L'ancienne loi de faillite du 6 juin 1863 a été refondue par la loi du 6 mai 1899 ⁽³⁵⁾. La loi du 24 mars 1923 ⁽³⁶⁾ modifie la faillite des sociétés de banque par actions et celle des Caisses d'épargne.

SUÈDE. — La loi du 18 septembre 1862, modifiée par de nombreuses lois, a été remplacée par une nouvelle en date du 13 mai 1921 ⁽³⁷⁾. Elle est suivie d'une autre loi relative aux transactions d'un concordat préventif.

TCHÉCOSLOVAQUIE. — La loi autrichienne de 1914 y est restée en vigueur, mais elle a subi plusieurs modifications ⁽³⁸⁾.

YUGOSLAVIE. — Dans le groupe germanique rentre encore la loi yougoslave du 22 novembre 1929. Elle est divisée en deux parties : la première (art. 1 à 61) : *stecajno pravo*, traite des règles de fond ; la deuxième (art. 62 à 190) : *stecajni postupak*, contient les règles

(34) MESZLÉNY, *A csödtörvény Kényszeregyesség és Kényszerfelszámolás.*

(35) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1899, p. 570.

(36) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1923, p. 206.

(37) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1921, p. 158.

(38) V. notamment la loi du 26 avril 1923, *Annuaire de lég. étr.*, 1923, p. 26.

de procédure. Elle fut promulguée avec la loi sur le concordat préventif (*Zakon o prinudnom poravnanju van stecaja*) ⁽³⁹⁾.

Nous avons laissé de côté la Russie soviétique, étant donné son organisation spéciale au point de vue politique et sociale.

22. — Il reste encore à parler de la Suisse.

Jusqu'à la fin du dernier siècle chaque canton avait une législation propre ⁽⁴⁰⁾. L'unification a été réalisée par la loi fédérale sur la poursuite des dettes et la faillite en date du 11 avril 1889 ⁽⁴¹⁾. Elle forme la transition entre le droit français et le droit allemand. Il existe deux procédures : la procédure ordinaire de poursuite contre les personnes non inscrites au registre de commerce et la poursuite par voie de faillite contre celles qui y sont inscrites. Cependant tous les débiteurs sans distinction de profession sont admis à conclure le concordat préventif. La loi fédérale de 1889 a été modifiée par la loi du 3 avril 1924 qui a institué le sursis extraordinaire (titre XII, art 317) ⁽⁴²⁾.

(39) ZUGLIA-VERONA, *Stecajni zakon i zakon o prinudnom poravnanju* ; POLITEO, *Stecajni zakon i zakon o prinudnom poravnanju van stecaja* ; PODGRADSKY, *Stecajno pravo* ; Lois yougoslaves sur la faillite et sur la liquidation judiciaire, Collection de Codes étrangers. — Sur l'histoire de la faillite en Yougoslavie, v. *infra*, n^{os} 38 et s.

(40) THALLER, *Des faillites*, I, n^{os} 23 et s. ; PERCEIROU, *Des faillites*, n^o 65.

(41) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1889, p. 606.

(42) V. *Annuaire de lég. étr.*, 1924, p. 47.

IV. — DIFFÉRENCES ENTRE LES SYSTÈMES LATIN ET GERMANIQUE

23. — Les divergences fondamentales entre les deux groupes de législations d'Europe continentale peuvent se résumer dans les points suivants :

1° Dans les pays appartenant au groupe latin, la faillite est considérée comme une institution spéciale au droit commercial. Seuls les commerçants la subissent ; seuls aussi ils sont aptes à recueillir les bénéfices qu'elle peut éventuellement fournir : le concordat, remise de dettes consentie par la majorité des créanciers.

Si l'on envisage la faillite dans son origine, nous voyons que la limitation de la faillite aux commerçants ne date que du Code de commerce français ⁽⁴³⁾. La faillite romaine s'appliquait à toute personne. Les statuts des villes italiennes ne limitaient pas l'application de la faillite aux hommes de négoce ⁽⁴⁴⁾. Et les documents français de l'ancien régime présentent le même caractère.

Après ce résumé rapide il y a lieu à croire que l'initiative du cantonnement de la faillite a été prise par le législateur français du XIX^e siècle. Aujourd'hui la loi française fait de la qualité de commerçant un des traits essentiels de la faillite : « tout *commerçant* qui

(43) V. THALLER, *op. cit.*, I, n° 32. Au contraire, selon PERCELOU, la faillite de l'Ordonnance de 1673, avec ses traits caractéristiques (comme les nullités de la période suspecte) se restreignait aux négociants (PERCELOU, *op. cit.*, n° 22).

(44) Il est vrai cependant que dans le Nord de l'Italie médiévale tout citoyen était réputé commerçant : « est Genuensis ergo mercator », disait LA ROTE.

cesse ses paiements est en état de faillite », dit l'art. 437 du Code de commerce ⁽⁴⁵⁾. Toutes les lois précédemment énumérées comme faisant partie du groupe latin, ont conservé cette règle de la limitation de la faillite au commerce. Mais la loi espagnole, tout en gardant son caractère de loi latine, a organisé une liquidation de biens pour les débiteurs civils.

24. — Lors donc qu'un commerçant cesse ses paiements, il est déclaré en faillite par jugement du tribunal et la loi règle les conséquences de ce jugement en organisant une procédure de liquidation collective. Rien de semblable pour un non commerçant. Si un débiteur civil n'exécute pas ses engagements, il est en état de déconfiture. Mais la déconfiture n'étant définie nulle part, une obscurité règne sur ses éléments essentiels. A la différence de la faillite, la déconfiture existe par elle-même, sans aucun jugement ; elle n'atteint pas le déconfit dans ses droits de citoyen, ainsi qu'elle ne peut entraîner la banqueroute ; les créanciers continuent à pratiquer des saisies individuelles contre le débiteur ; il n'y a aucune organisation de la procédure. A peine peut-on citer quelques textes épars concernant la déconfiture (art. 1167, 1188, 1446, 1613, 1865, 1913, 2003, 2020 et 2032 du Code civil français) ; il n'y a pas de dessaisissement, pas de concordat, pas de période suspecte ; l'hypothèque judiciaire habilement maniée réalise l'accaparement au profit des

(45) Cfr. art. 683 du Code de commerce italien : « Il *commerciante* che cessa di fare i suoi pagamenti... è in istato di fallimento ».

premiers inscrits. Pourtant, en pratique, l'extension de la faillite à tous les débiteurs sans distinction de profession s'impose. La Société du Canal de Panama n'ayant pas pu être mise en faillite, en raison de son caractère civil, une loi spéciale a dû être votée par la Chambre française (loi du 1^{er} juillet 1893) pour lui appliquer la plupart des principes de cette institution. De même, lorsque la loi française du 1^{er} août 1893 déclara commerciales les sociétés civiles à forme commerciale, ce fut surtout dans le but de les soumettre à la faillite. Aussi, en France, un mouvement d'opinion s'est dessiné dans le sens de l'extension de la faillite ⁽⁴⁶⁾.

25. — Les lois appartenant au groupe germanique nous montrent l'évolution de l'extension de la faillite et les diverses phases par lesquelles elle a passé. Dans ces pays, la réglementation différait suivant que le débiteur appartenait à l'une ou à l'autre catégorie. Le fait d'exercer un commerce paraissait au législateur une raison décisive de tracer pour la faillite commerciale des dispositions qui n'étaient pas étendues à l'autre. Tel a été le cas pour l'ancienne loi prussienne de 1855 et pour l'ancienne loi autrichienne de 1868 : celle-ci, après avoir posé des règles de fond communes, commençait, dans une seconde partie, par statuer sur la procédure de « concours » ordinaire et rejetait dans un deuxième chapitre les particularités

(46) THALLER, *Des faillites*, I, chap. I : De l'extension possible de la faillite aux non-commerçants ; PERCEROU, *Des faillites*, n^{os} 123 et s. ; GARRAUD, *De la déconfiture*.

du « concours » commercial. De même, l'ancienne loi serbe contenait des dispositions spéciales aux débiteurs commerçants (art. 69, 143, 152 et 154). Mais ces pays-là ne connaissent plus qu'une seule faillite, sous le couvert de laquelle tous les débiteurs embarrassés se trouveront placés. (L'assimilation entre les commerçants et les non-commerçants est complète en Allemagne depuis la loi de 1877, en Autriche depuis la loi de 1914 et en Yougoslavie depuis la loi de 1929).

26. — Mais cette délimitation des Etats en deux groupes n'est pas absolue. Il y a en effet des lois intermédiaires qui ont organisé deux faillites : une civile, et une commerciale. C'est le cas pour la loi hongroise qui, dans ses articles 241 à 256, édicte les particularités de la faillite commerciale. Nous trouvons aussi dans le groupe latin un pays qui n'ignore pas la faillite civile, c'est l'Espagne. Le *Codigo de comercio* continue à ne traiter que de la *quiebra*, mais le Code de procédure de 1881 règle le concours des créanciers en matière civile (*concurso*).

27. — Ainsi que nous le voyons, la faillite tend à devenir une institution commune à tous les débiteurs. Les lois postérieures au Code de commerce français ont déjà réalisé l'assimilation ou accusent un grand effort vers l'unité de condition.

28. — 2° La déclaration de faillite entraîne déchéance des droits politiques et des droits professionnels du failli. Mais cette note infamante ne remonte

pas au droit romain ; le droit romain traitait différemment le débiteur qui avait fait cession de biens et celui qui se laissait mettre en faillite par ses créanciers. Le débiteur qui avait fait cession de biens, ou pour parler le langage moderne : qui avait effectué le dépôt de bilan, échappait à l'emprisonnement pour dettes ; il évitait l'infamie ; il ne perdait pas le *jus suffragii* et le *jus honorum*, dont la privation était la suite naturelle et immédiate de la *venditio bonorum*.

La faillite infamante nous a été léguée par les statuts des villes italiennes du moyen âge. « Or, dans ces républiques aristocratiques, où gouvernait la classe des commerçants, où tous les pouvoirs publics se concentraient entre leurs mains, il était naturel qu'en excluant de leur sein celui d'entre eux qui, par la cessation de ses paiements manquait à ses devoirs professionnels, ils l'excluassent aussi, du même coup, de l'exercice des pouvoirs publics qu'il détenait » ⁽⁴⁷⁾. Les anciennes déchéances de la *venditio bonorum* ont passé, par l'intermédiaire des statuts italiens, dans le Code de commerce de 1807 et de là dans les lois des pays européens ⁽⁴⁸⁾.

Si toutes les législations modernes édictent des déchéances d'ordre divers contre le failli, ces incapacités n'ont pas la même portée. Mais, avant de caractériser les deux groupes de législations, il convient de signaler que les lois britanniques ne connaissent la faillite infamante que depuis l'acte de 1869.

(47) PERCEROU, *op. cit.*, n° 109.

(48) Sur les déchéances qu'encourt le failli, v. DOMERGUE, *De l'adoucissement progressif des mesures pénales frappant les faillis et les banqueroutiers*.

29. — Dans les pays latins, le failli, excusable ou non, reste sous le coup de la dégradation civique et professionnelle jusqu'à sa réhabilitation.

30. — Selon la loi française, il existe trois sortes de réhabilitation (art. 604 à 614 du Code de com., modifiés par les lois des 30 décembre 1903, 31 mars 1906 et 23 mars 1908) : la *réhabilitation légale* qui a lieu de plein droit, à la seule condition qu'il n'y ait pas eu de banqueroute, mais toujours par degrés, et au bout de dix ans le failli est réintégré dans tous ses droits : la *réhabilitation judiciaire obligatoire* suppose que le failli a payé toutes ses dettes non atteintes par la prescription : enfin la *réhabilitation judiciaire facultative*, que le juge peut refuser, suppose qu'un concordat a été accordé au failli et que celui-ci en a rempli les obligations, ou bien que les créanciers décident de le tenir quitte des obligations qu'il n'a pas encore remplies et que ce consentement unanime des créanciers équivaut à une exécution du concordat.

31. — En Italie, la note infamante de la faillite est en quelque sorte liée à l'inscription d'un commerçant sur la liste des faillis et c'est la radiation du nom de la liste qui correspond à la réhabilitation, la procédure de réhabilitation n'ayant pas été maintenue dans le Code de commerce de 1883 ⁽⁴⁹⁾. La radiation du nom de la liste des faillis, qui est prononcée par jugement du tribunal de faillite, peut être demandée dans les deux cas suivants :

⁽⁴⁹⁾ Dans ce sens : VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, VIII, n° 7531.

a) Lorsque la faillite est close par suite de la répartition des biens, le débiteur recouvre ses droits patrimoniaux ; dorénavant il pourra s'engager, ester en justice. Mais il ne rentrera dans ses droits professionnels et politiques que par *la cancellazione del suo nome dall'albo dei falliti* (art. 816 du Code de commerce). Pour obtenir le jugement ordonnant la radiation de son nom de la liste des faillis, le débiteur doit prouver qu'il a entièrement payé toutes les créances admises dans la faillite, le capital, les intérêts et les frais. Cette procédure ressemble de près à la réhabilitation judiciaire de l'article 604 du Code de commerce français.

b) Si au contraire la faillite prend fin par concordat, le jugement d'homologation ne suffit pas pour lui ouvrir accès à la Bourse, ainsi qu'il ne réintègre pas le failli dans ses droits politiques. Le débiteur peut demander au tribunal de prononcer le jugement de radiation ; mais le tribunal jouit de la faculté de ne la prononcer que si le débiteur mérite le bénéfice de la loi. C'est la réhabilitation facultative de l'art 605 du Code de commerce français, mais modifiée par le Code italien de 1883 et par la loi du 10 juillet 1930 ⁽⁵⁰⁾.

Le tribunal examinera la conduite du débiteur au cours de la procédure de faillite et ce dernier devra prouver qu'il s'est acquitté des obligations contenues dans le concordat. La loi de 1930 exige, pour que la *cancellazione* puisse être prononcée, que le dividende soit supérieur à celui qu'auraient pu obtenir les créanciers au moyen de la liquidation des biens et qu'il ne

(50) CRESPOLANI, *op. cit.*, ad § 16, p. 23 et s. ; NAVARRINI, *op. cit.*, p. 95 et s.

soit pas inférieur à 25 % du capital, payable dans les six mois qui suivent le jugement d'homologation (art. 839 du Code de commerce et art. 16 de la loi de 1930).

32. — Les Etats du groupe germanique se présentent sous un aspect opposé. Dans leur système la faillite n'est qu'un mode d'exécution collective et les mesures prises à la déclaration de faillite n'ont d'autre raison d'être que de faciliter la réalisation de son but. Ce but une fois atteint, toutes les conséquences de la faillite cesseront avec la clôture de la procédure. Les déchéances entraînées par l'ouverture de la faillite ne sont que l'accessoire de la procédure de réalisation des biens ; elles doivent donc disparaître avec la cessation de la procédure.

33. — L'ancienne loi autrichienne de 1868, en conservant la dualité des concours, édictait à l'égard de la faillite des négociants quelques dispositions particulières. Le commerçant failli restait, même après que le concours avait pris fin et tant qu'il n'avait pas obtenu sa réhabilitation, privé du droit de faire le négoce. Il perdait aussi le droit d'être élu à une Chambre de commerce ou à une fonction honorifique (art. 246).

34. — Des dispositions spéciales au commerçant en état de faillite étaient contenues aussi dans l'ancienne loi serbe. Selon ces règles il y avait trois sortes de commerçants faillis : Ceux condamnés pour banque-route ou pour avoir falsifié les livres de commerce ;

ils étaient déchus pour toujours de la capacité de faire le commerce (art. 152 de la loi serbe sur la faillite et art. 261 de l'ancien Code pénal serbe). Dans un deuxième groupe étaient classés ceux qui avaient subi une condamnation, mais pour d'autres causes que celles énoncées plus haut ; ceux-ci n'étaient privés du droit de faire le négoce que jusqu'au jour où ils avaient désintéressé tous les créanciers (art. 153 de la loi serbe). Le dernier groupe embrassait enfin les commerçants de bonne foi qui tombaient pour la première fois en faillite ; pour qu'ils pussent de nouveau exercer la profession de commerçant, la loi exigeait qu'ils aient payé la totalité de leurs anciennes dettes ou que les créanciers les déclarassent excusables.

35. — L'histoire de la loi anglaise d'une part et celle des lois appartenant au groupe germanique de l'autre, nous conduisent à conclure que la loi de faillite ne doit être ni trop indulgente, ni trop sévère à l'égard du débiteur, mais qu'elle doit se mouvoir entre les deux extrémités. Elle doit punir le débiteur de mauvaise foi, mais pardonner à tous ceux qui ont été entraînés dans une situation fâcheuse par suite d'accidents imprévus. Il ressort de l'examen de l'histoire de la faillite que la vieille conception de la faillite-banqueroute tend à disparaître pour donner place à une nouvelle conception qui ne voit dans la faillite, à l'exception du débiteur malhonnête, qu'un accident de la vie économique.

36. — 3° Une troisième différence, dérivant des

divergences de conceptions de la faillite, concerne les différentes manières de provoquer la déclaration de faillite.

Dans l'esprit des lois latines, la faillite est considérée en quelque sorte comme l'antichambre de la banqueroute ; le législateur des pays latins l'envisage du côté de la répression. Ainsi, dans ce système, il paraît tout naturel que, toutes les fois qu'un débiteur cesse d'effectuer ses paiements, le tribunal puisse intervenir pour le mettre en faillite.

Les législations composant le groupe germanique restreignent l'initiative du juge sur ce point en lui interdisant de prononcer la faillite d'office.

Ces dernières lois se sont détachées de la conception traditionaliste de la faillite pour n'y voir que son rôle prépondérant : rôle économique qui constitue pour le débiteur embarrassé un remède pour se tirer d'affaires. En faveur de l'ouverture d'office on invoque l'argument que le tribunal, gardien des intérêts publics, veille à ce que le débiteur ne fraude pas la majorité de ses créanciers, avec la complicité de certains créanciers réclamant leur paiement. « Le concert des créanciers présents — dit-on — qui s'entendent à l'effet de temporiser ou d'entrer en composition avec le débiteur, ne doit pas compromettre les intérêts des absents ; ceux-ci seront le plus généralement sacrifiés dans ces accords contraires à la loi d'égalité ; la justice intervient, se met en travers, et en prononçant le séquestre, remplit l'office d'un gérant d'affaires de la masse. Mais ne semble-t-il pas qu'en pareil cas la cause même de la faillite fait défaut ? Pour que la

liquidation puisse s'ouvrir, encore faut-il qu'un conflit résultant de dettes non payées ait suscité l'état de guerre. Or, quand les présents consentent à des accommodements, et que les absents se dispensent de réclamer ce qui leur revient, quel est donc le motif sur lequel la justice se baserait pour dire que la faillite est encourue ? » ⁽⁵¹⁾.

L'opposition entre le système latin, représenté par le Code de commerce français, et le système germanique, caractérisé par la loi allemande, s'explique par l'idée de justice individuelle en France et l'idée de la prédominance de l'intérêt public en Allemagne ; la défense contre les fraudes en France, alors que la loi allemande met en premier plan la sécurité du crédit. Ces idées ont conduit à l'opposition du système français de la transcription et du système allemand de la légalité en matière de transfert, à l'égard des tiers, de la propriété ou des actes de constitution ou de transfert de droits réels. Ainsi, pour citer un exemple, en matière de cession de créance hypothécaire, lors de la confection du Code civil allemand, le principe de la publicité et de la garantie d'authenticité des registres fonciers l'a emporté sur la protection du débiteur ⁽⁵²⁾.

On peut comparer aussi, pour illustrer cette opposition de vue, les divergences fondamentales qui séparent la législation française des sociétés par actions et la législation anglaise des sociétés à responsabilité limitée. La loi française indique les nombreuses condi-

(51) THALLER, *op. cit.*, II, n° 157, p. 170.

(52) SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, n° 102.

tions de forme auxquelles est soumise la constitution de la société et n'organise pas la vérification de leur existence au nom de l'Etat ; elle ouvre ainsi aux intéressés, en raison des irrégularités commises de ce chef, des actions en nullité qui souvent ne seront exercées que lors de la liquidation, menaçant ainsi constamment la stabilité de la société et la sécurité de ses transactions. La législation anglaise, au contraire, exige, pour l'entrée en existence et en fonctionnement de la compagnie, que la société soit enregistrée dans les registres d'un fonctionnaire, le *registrar*, qui vérifie la régularité de sa constitution avant de l'enregistrer, mais qui par l'enregistrement met la société à l'abri de toute action en nullité du chef d'irrégularités dans sa constitution.

37. — On peut encore relever d'autres différences fondamentales entre les deux groupes de législations : comme la détermination des effets de la faillite sur les actes accomplis par le débiteur dans les temps qui précèdent la déclaration de faillite (période suspecte latine et droit de contestation — *Anfechtungsrecht* — germanique). Mais la plupart de ces différences ne sont que la réaction sur le droit de la faillite d'oppositions de vues entre les deux groupes de législations sur des principes généraux du droit civil, tels que les règles de la compensation, la nature des privilèges généraux (qui dans le groupe germanique laisse aux créanciers à privilège général le caractère de créanciers chirographaires) ou la situation des créanciers jouissant d'une sûreté réelle (*Absonderungsberechtigte*

qui dans les législations d'origine germanique ne sont pas touchés par la faillite).

38. — Dans notre travail, nous avons pris comme cadre la loi yougoslave, parce que la plus récente des législations d'ensemble sur la faillite. Sur chacune des questions importantes que soulève le droit de la faillite, nous avons cherché à faire ressortir les ressemblances et les divergences de vues entre les deux groupes de législations : latin et germanique. Pour chacun de ces deux groupes nous nous sommes particulièrement attaché à l'analyse de quelques législations ayant eu une action dirigeante sur leur groupe : pour le groupe latin : législations française et italienne ; pour le groupe germanique, *Konkursordnungen* allemande et autrichienne.

V. — LE DROIT DE FAILLITE EN YUGOSLAVIE.

DIVISION DE LA MATIÈRE

39. — La première loi serbe sur la faillite date du 17 mars 1861 ⁽⁵³⁾. Jusqu'à cette date il n'y existait pas de loi consacrée à cette institution. Le Code de procédure civile du 22 octobre 1853 contenait dans ses chapitres IX, XI et XII les dispositions les plus importantes sur la procédure de faillite. Il est intéressant de remarquer que la loi serbe de 1861 était restée, jusqu'à la nouvelle loi unificatrice, sous l'influence de la procédure espagnole, mais par ricochet. Notamment ses dispositions ont été empruntées, en majeure

(53) D'après le calendrier Julien qui est resté en vigueur en Serbie jusqu'au 1^{er} janvier 1919.

partie, à la loi hongroise de 1840 et cette dernière n'était que la reproduction de la loi autrichienne de 1782 qui a subi la doctrine espagnole. Ces deux dernières ont été modifiées à plusieurs reprises alors que la loi serbe était restée la même dans son essence ⁽⁵⁴⁾.

La Dalmatie et la Slovénie, qui faisaient partie intégrante de l'Autriche, étaient régies par la loi autrichienne du 10 décembre 1914.

La Croatie et la Slavonie, ayant été pourvues d'une certaine autonomie législative, avaient une loi spéciale du 28 mars 1897, où la loi allemande de 1877 et la loi hongroise de 1881 étaient combinées.

En Voïvodine, la loi hongroise de 1881 restait en vigueur.

En Bosnie et en Herzégovine, la procédure de faillite était réglementée par l'ordonnance du 1^{er} septembre 1883.

Enfin le Monténégro n'avait aucune loi concernant la faillite.

40. — On se rend bien compte des difficultés en face desquelles s'est trouvé le législateur yougoslave d'après-guerre. Il avait pour tâche non seulement de modifier les lois vieilles, mais encore de les ramener à une loi uniforme. Par la loi des finances du 31 décembre 1921, la loi croato-slavone du 28 avril 1916 sur le concordat préventif a été étendue à tout le territoire du royaume. Cependant cette loi, n'ayant pas

(54) Sur la législation serbe antérieure à la loi de 1929, voir MITROVIC, *Stecajno pravo s narocitim osvrtom na srpsko zakonodavstvo*.

donné les résultats attendus, a été abrogée avec toutes celles qui la précédaient sur certaines parties du territoire yougoslave, par la loi des finances du 31 mars 1925.

En 1927, une commission a été nommée pour élaborer un projet de loi uniforme sur la faillite ⁽⁵⁵⁾. Le projet a été préparé d'après la loi autrichienne de 1914, mais avec certaines originalités. Mais le Conseil Suprême de Législation a modifié le projet et a adopté en bloc, avec très peu de changements, la loi de concours autrichienne. Cette loi fut promulguée, avec celle sur le concordat préventif, le 22 novembre 1929 ⁽⁵⁶⁾.

41. — La loi yougoslave, comme toutes les lois de « concours » subissant l'influence allemande, est divisée en deux parties : dans une première partie sont

(55) Cette commission a été composée de NESTROVIC, conseiller à la Cour de Cassation; MITROVIC, professeur à la Faculté de Droit de Belgrade; ZUGLIA, professeur à la Faculté de Droit de Zagreb et SKUMOVIC, professeur à la Faculté de Droit de Ljubljana. L'ouvrage précité de ZUGLIA (note 39) jouit, en raison du rôle important que son auteur prit à la confection de la loi, d'une autorité spéciale.

(56) Prenant comme cadre la loi yougoslave, l'objet de notre étude nous a amené à exposer, au fur et à mesure, les particularités d'autres lois ayant régi les territoires yougoslaves. Ainsi, à côté des lois-types, nous retrouverons certaines dispositions des lois croate et serbe, abrogées par la nouvelle loi, et la loi hongroise, qui présente encore un intérêt actuel, car elle est restée en vigueur en Hongrie.

Vu la ressemblance des lois autrichienne et yougoslave, nous nous contentons d'ordinaire, après analyse de la loi yougoslave, de renvoyer aux articles correspondants de la *Konkursordnung* autrichienne.

Toutefois, sur certains points douteux, nous citerons les décisions de la Cour de Cassation de Vienne ; en effet, l'interprétation de la loi par la Cour Suprême autrichienne, vu les nombreux points communs des deux lois, ne demeure pas sans valeur quant à la pratique yougoslave et elle contribue beaucoup à son développement.

exposées les règles de fond du droit, *stecajno pravo* ; la deuxième partie s'occupe de la procédure proprement dite, *stecajni postupak*. Cette division, familière aux Allemands, ne nous a pas paru s'imposer. Nous avons préféré suivre la méthode française et exposer pour chaque question et les règles de droit et les règles de procédure.

Nous divisons notre travail en neuf chapitre :

Chapitre I. — L'ouverture de la faillite.

Chapitre II. — La procédure en vue d'obtenir le jugement.

Chapitre III. — Les organes de la faillite.

Chapitre IV. — Les effets de la faillite quant au débiteur.

Chapitre V. — Les effets de la faillite quant aux créanciers.

Chapitre VI. — L'administration de la faillite.

Chapitre VII. — Les diverses issues possibles de la faillite.

Chapitre VIII. — La procédure sommaire.

Chapitre IX. — Les diverses infractions qui peuvent se produire en cas de faillite.

CHAPITRE PREMIER

L'Ouverture de la Faillite

42. — La faillite est une institution créée en vue de procéder à la réalisation et à la vente des biens du débiteur. Bien qu'une note d'infamie y ait été liée à son origine et y soit restée liée pendant la majeure partie de son histoire, elle n'a cependant pas cessé de demeurer, dans son essence, une voie d'exécution. Mais ce qui fait son originalité, ce qui la différencie des autres voies d'exécution, c'est son caractère collectif : le créancier agissant dans son propre intérêt est censé représenter tous les créanciers. Ainsi la règle de l'exécution individuelle : *prior tempore potior jure* cède sa place au principe dominant toute la procédure de concours : le principe *par conditio omnium creditorum*.

Cette voie d'exécution collective ne produit pas ses effets qu'à l'égard des parties en cause; nombreux sont les intéressés dont la situation patrimoniale sera changée par suite d'une déclaration de faillite. Aussi la loi, soucieuse des intérêts collectifs, exige-t-elle la réunion de plusieurs conditions pour que la faillite puisse être déclarée.

Il faut d'abord que l'insolvabilité du débiteur soit prouvée ou présumée, c'est la condition de fond. Il faut ensuite une condition de forme : la faillite doit être prononcée par jugement. En troisième lieu, la loi exige l'existence d'un patrimoine, c'est ce que nous appellerons : condition économique. Il faut enfin que plusieurs créanciers se trouvent en concours, condition qui constitue la raison d'être de toute la procédure.

Dans les quatre sections suivantes nous examinerons chacune de ces conditions.

Première section

CONDITION DE FOND

43. — Pour déterminer les causes d'ouverture, deux méthodes sont possibles : énumérer les événements dont la survenance fera déclarer un débiteur failli (comme on l'a fait à Rome pour la *bonorum venditio* et comme le fait aujourd'hui la loi anglaise) ⁽¹⁾, ou n'indiquer qu'une cause générale de faillite, ce que font les législations modernes.

Dans les pays latins où elle est réservée aux seuls commerçants, la déclaration de faillite a sa cause originelle dans une cessation de paiements qui révèle l'impuissance du débiteur à exécuter ses engagements. Il faut encore ajouter : ses engagements commerciaux, car le non-paiement d'une dette civile ne constitue pas une cause d'ouverture de faillite. Cette

(1) Art. 4 de l'*Act of Bankruptcy* de 1914.

restriction est expressément mentionnée dans le Code de com. italien ⁽²⁾, et en France elle est admise aussi bien par la doctrine ⁽³⁾ que par la jurisprudence ⁽⁴⁾.

Dans les pays où il y a deux procédures de faillite, l'une pour les commerçants, l'autre pour les débiteurs civils, la faillite est admise plus facilement contre les commerçants.

En Hongrie, pour la déclaration de faillite d'un débiteur commerçant, la cessation de paiements suffit (art. 244), tandis que dans le concours civil, l'excédent du passif doit être « rendu vraisemblable » (art. 84 et s.). La même distinction a été admise par la loi croate dans ses articles 73 et 219.

Les lois qui organisent une seule faillite, commune aux commerçants et aux débiteurs civils, ont été obligées d'accepter un troisième système. Dans celui-ci, la faillite peut être déclarée en cas d'*insolvabilité* du débiteur.

Précisons tout d'abord le sens du mot: insolvabilité.

Aux termes de l'art. 67, al. 1^{er} de la loi yougoslave: « sera déclaré en faillite le débiteur qui se trouve en état d'impossibilité de payer (insolvabilité) ». La loi elle-même emploie cette expression, sans dire nulle part ce qu'il faut entendre par là. Cependant il ne nous est pas difficile de mettre en lumière sa signification, étant donné la pratique judiciaire des lois

(2) Art. 683. Cfr. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, VIII, nos 7411 et 7412.

(3) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, VII, n° 62; PERCEROU, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, n° 187.

(4) Cour de Cassation française, 25 juillet 1895, S. 95, 1, 447.

allemande et autrichienne : celles-ci définissent par la même expression la seule cause de faillite ⁽⁵⁾.

Dans l'esprit de la loi yougoslave, l'insolvabilité signifie : l'impossibilité *continue* d'effectuer les paiements ; cet état est donc indépendant de l'endettement ; le juge ne doit pas tenir compte du seul fait que les dettes d'une personne dépassent son actif ⁽⁶⁾.

Aussi bien dans le système français que dans le système allemand, la constatation du fait déterminant l'ouverture de la faillite est soumise à l'appréciation souveraine du juge. La seule différence, comme nous le verrons, c'est que dans ce dernier système, la cessation de paiements n'est qu'une des manifestations extérieures de l'insolvabilité ⁽⁷⁾.

La seule cause qui donne lieu à la déclaration de faillite est donc l'insolvabilité. Les motifs qui ont déterminé le législateur à préférer l'insolvabilité à l'endettement sont multiples.

En premier lieu il est plus facile de prouver l'insolvabilité que l'endettement, surtout lorsque les biens

(5) V. art. 102 de la *Konkursordnung* allemande de 1898 et art. 68 de la loi autrichienne de 1914. — « L'impossibilité de payer résulte d'un état de fait variant suivant des circonstances innombrables pour l'examen duquel il faut s'en rapporter aux éléments de l'espèce, aux habitudes raisonnées du commerce, à l'appréciation raisonnée du juge. » Motifs de la *Konkursordnung* allemande de 1877, rapportés par PERCEROU, *op. cit.*, n° 137, note 1.

(6) Cour Suprême autrichienne, 2 juin 1926, rapporté par ZUGLIA et VERONA, *Stecajni zakon*, p. 220, n° 4. « Pour déterminer s'il y a ou non insolvabilité, on ne doit tenir compte que de l'état actuel du débiteur, l'actif à venir ne peut pas être pris en considération lors même que l'échéance et le montant en sont déterminés. »

(7) V. BARTSCH, *Grundriss des Ausgleichs- und Konkursrechtes*, p. 7 ; LEHMANN, *Kommentar zur österreichischen Ausgleichsordnung*, p. 19 ; HEILFRON et PICK, *Grundriss des Zivilprozess- und Konkursrechts*, II, p. 216 ; SYDOW et BUSCH, *Konkursordnung und Anfechtungsrecht*, ad § 102.

du débiteur se composent d'immeubles dont le prix de vente ne peut pas être fixé à l'avance.

Ensuite le patrimoine des personnes physiques ne se compose pas que d'immeubles, de meubles, de créances et d'autres droits, qui peuvent être séparés de la personne du débiteur, évalués et vendus ; mais il se compose aussi de sa capacité de travail, de ses titres, etc., à l'aide desquels il peut encore revenir à meilleure fortune et satisfaire tous ses créanciers.

44. — Cependant ce dernier motif n'est applicable qu'aux personnes jouissant de qualités individuelles, personnelles ; il n'est donc plus vrai dès qu'il s'agit d'une masse, d'une succession par exemple. Pour cette raison, les personnes morales et les masses successorales sont exceptées de la règle générale⁽⁸⁾. Pour elles, on s'attache à l'endettement, c'est-à-dire au fait que le passif est supérieur à l'actif, alors même que la masse serait encore capable d'effectuer ses paiements. Tandis que, dans l'examen de l'insolvabilité on ne prend en considération que les créances échues, ici, au contraire, dans la constatation de l'actif et du passif, pour en faire ressortir l'excédent exact, il faut tenir compte de toutes les créances échues et à échoir.

Les législations latines, qui se rattachent à l'idée romaine de la continuation de la personne du défunt par l'héritier, restreignent étroitement le domaine d'application de la faillite *post mortem*. Ces lois exi-

(8) Art. 68 de la loi yougoslave. Des dispositions analogues sont contenues dans l'art. 69 de la loi autrichienne et dans les art. 207 à 209 et 215 de la *Konkursordnung* allemande.

gent que le débiteur soit mort en état de cessation de paiements et prescrivent en outre que la faillite soit demandée dans le délai d'un an à partir du décès (V. art. 437, al. 2 et 3 du Code de com. français et art. 690, al. 2 du Code de com. italien).

45. — Par quels signes extérieurs se manifeste l'insolvabilité ? Dans le silence de la loi c'est aux juges d'apprécier les faits et d'en tirer les conclusions. L'impossibilité de payer peut être présumée des saisies pratiquées contre le débiteur, du protêt de ses effets de commerce, de la fermeture de ses magasins ou de sa fuite lorsqu'on ne peut supposer d'autre cause de sa conduite que l'insolvabilité (art. 72 de la loi yougoslave).

La loi n'a donc pas précisé les faits qui peuvent rendre vraisemblable l'insolvabilité. Cependant elle a établi une présomption, présomption *plerumque fit*, c'est la cessation de paiements. Mais il faut bien se garder de croire que la cessation de paiements soit — comme en droit français ⁽⁹⁾ — la cause de l'ouverture de la faillite. Le seul fait qui peut servir comme condition de la déclaration de faillite est toujours — à l'exception des personnes morales et masses successorales — l'insolvabilité. Cela veut dire que lorsqu'il y a cessation de paiements, mais sans insolvabilité, la faillite ne peut pas être déclarée. Ceci est tellement vrai, que, selon l'opinion dominante ⁽¹⁰⁾, la faillite ne

(9) De même en Autriche où cette présomption est irréfragable : V. BARTSCH, *Grundriss*, p. 7. Cfr. art. 437 du Code de com. belge : « Tout commerçant qui cesse ses paiements et dont le crédit est ébranlé. »

(10) ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 223.

peut être déclarée même lorsque le paiement des dettes échues est refusé par esprit de chicane, ou que le débiteur ne paye pas parce qu'il espère réaliser avec l'argent qu'il garde un bénéfice supérieur à tous ses frais, y compris les intérêts, les dommages-intérêts et les dépens. Seulement au cas de suspension de paiements, c'est à celui qui veut empêcher la déclaration de faillite qu'incombe la preuve de la solvabilité du débiteur ⁽¹¹⁾.

A plus forte raison, ne constitue pas cessation de paiements l'impossibilité de payer une dette échue et exigible à cause d'embarras provisoires résultant d'une crise transitoire, suspension de paiements non définitive.

Deuxième section

CONDITION DE FORME

46. — La faillite s'ouvre par un acte judiciaire, le jugement déclaratif de faillite. Pour que le jugement intervienne il faut que le tribunal soit saisi d'une demande en faillite, demande qui peut être formée soit par le débiteur lui-même, soit par un créancier. La nouvelle loi n'a pas permis au tribunal de prononcer la faillite d'office. Sur la question : quelles personnes peuvent demander la faillite ? voir infra n° 53 et s.

(11) De même, SYDOW et BUSCH, *op. cit.*, ad § 102, note 3.

Troisième section

CONDITION ÉCONOMIQUE

NON-OUVERTURE POUR CAUSE D'INSUFFISANCE D'ACTIF

47. — Etant donné que la faillite est un mode d'exécution collective dont le but est le paiement au moins partiel des créanciers, il est indispensable que le débiteur ait des biens. A défaut d'actif la faillite ne peut pas être déclarée ; car elle s'ouvre sur le patrimoine du débiteur et non pas sur sa personne. Mais, pour atteindre ce résultat, il faut encore que l'actif soit supérieur à tous les frais de procédure, c'est-à-dire aux frais de procédure proprement dits auxquels sont ajoutés les honoraires du syndic (art. 77).

A cette règle, il n'y a que deux exceptions :

1° Lorsqu'un créancier « rend vraisemblable » qu'il existe une cause d'annulation des biens aliénés avant la déclaration de faillite. En effet ces biens peuvent couvrir les frais de procédure.

2° La faillite peut être déclarée, si le demandeur dépose au tribunal une caution et si les autres conditions sont réunies, c'est-à-dire si le demandeur a une créance personnelle contre le failli, si le débiteur se trouve en état d'insolvabilité et si, en dehors du demandeur, il y a encore au moins un autre créancier (art. 77, al. 2). En ce cas, la créance du demandeur sera considérée comme dette de la masse et partant privilégiée ⁽¹²⁾.

(12) Aux termes de l'art. 461 du Code de com. français, les premiers frais nécessaires seront avancés par le Trésor qui en sera remboursé par privilège.

Il n'est pas sans intérêt de faire déclarer en faillite un débiteur sans fortune ; car il peut acquérir des biens soit par succession ou donation, soit par son travail, et il se peut que pendant les opérations de la faillite se révèlent des causes d'annulation, et que par là son patrimoine soit grossi. La faillite ainsi déclarée ne reste pas sans résultats pratiques ; car les créances vérifiées au cours de la procédure seront exécutoires sur les biens restés au débiteur, après la clôture de la faillite (art. 60). Dans tous les cas, le jugement de non-ouverture sera publié dans le journal désigné pour recevoir les annonces officielles de ce tribunal afin d'informer les intéressés de l'état du débiteur (art. 77).

Les effets de la non-ouverture pour cause d'insuffisance d'actif sont au point de vue pénal les mêmes que si la faillite était déclarée ⁽¹³⁾. Civilement au contraire, le débiteur n'en souffre pas.

Lorsqu'au cours de la faillite il est prouvé que le patrimoine du débiteur est inférieur aux frais de procédure, le tribunal doit sur-le-champ en ordonner la clôture (V. n° 243).

Quatrième section

PLURALITÉ DE CRÉANCIERS

48. — La faillite est une voie d'exécution dont la caractéristique consiste en ceci qu'elle doit concilier les intérêts opposés et établir la plus stricte égalité

(13) Contrairement dans le droit hongrois, v. KATONA, *A csődtörvény kézikönyve*, ad § 87, p. 143.

entre les créanciers. C'est donc une procédure spéciale qui suppose le concours de plusieurs créanciers, *concurso creditorum*. De là on pourrait conclure que la déclaration de faillite exige la présence d'au moins deux créanciers. Or la jurisprudence française permet la déclaration de faillite lors même qu'il n'y a qu'un seul créancier ⁽¹⁴⁾. Il en est de même en droit allemand ⁽¹⁵⁾.

La loi yougoslave a adopté le système contraire et la faillite ne peut s'ouvrir que s'il y a au moins deux créanciers ⁽¹⁶⁾. A ce principe il n'y a qu'une seule exception, c'est le cas où le créancier unique « rend vraisemblable » qu'il y ait des causes d'annulabilité. La raison en est que, par suite de l'annulation, le tiers qui supporte les conséquences de l'annulation devient aussi créancier. Si donc la personne contre laquelle l'action en nullité a été exercée ne peut pas être créancière (elle est donataire par exemple), la faillite doit être close en vertu de l'art. 178. (V. infra n° 242.)

(14) LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n° 96 ; PERCEROU, *op. cit.*, n° 276 ; Cour d'appel de Milan, 28 juin 1882, *Journal de droit internat. privé*, 1883, p. 426.

(15) KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, p. 65 ; HEILFRON et PICK, *op. cit.*, p. 216 ; SYDOW et BUSCH, *op. cit.*, ad § 102, note 2, et la jurisprudence qui y est citée.

(16) Art. 76. Cfr. art. 73 de la *Konkursordnung* autrichienne et art. 87 de la loi hongroise. Dans le même sens : Cour Suprême autrichienne du 2 juin 1926, rapporté par ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 229.

CHAPITRE II

La procédure en vue d'obtenir le jugement

49. — Dans toute procédure judiciaire où des intérêts privés sont en jeu, il existe deux procédés pour les concilier : l'intervention de l'autorité judiciaire d'une part, et l'autonomie des parties de l'autre. En notre matière, la question se pose ainsi : les organes de la faillite doivent-ils être élus par les créanciers ou au contraire nommés par le tribunal ?

L'institution de la faillite est destinée à sauvegarder les droits des créanciers. Puisque cette procédure est instituée à leur profit, il est tout à fait logique que le droit et le devoir d'administrer leur soient conférés. La conséquence extrême de ce principe serait que les créanciers seuls devraient élire le syndic ou que le tribunal devrait nommer celui que les créanciers lui indiqueraient. Cependant les lois modernes n'ont point adopté l'autonomie totale. La faillite, bien qu'elle ait un but de droit privé, relève aussi du droit public (des peines sont prévues contre les banqueroutiers) et, en dehors de là, il faut tenir compte aussi d'une considération d'ordre pratique qui a également été invo-

quée lors de l'élaboration de la loi yougoslave en ces termes : « Pour résoudre la question du rôle à donner à l'autonomie des créanciers, il ne faut pas perdre de vue que dans la procédure de faillite cette autonomie n'a pas donné les meilleurs résultats. Les expériences nous ont montré que la majorité des créanciers n'est pas très zélée et que souvent le débiteur et quelques créanciers peu scrupuleux abusent de cette négligence au détriment de la majorité des créanciers » (1).

Dans toute l'histoire de la faillite on retrouve la concurrence des deux modes de procédure. La *missio in bona* romaine aussi bien que les règlements sur la faillite des républiques italiennes reposent sur l'autonomie des créanciers. Le principe contraire a été adopté en Espagne et défendu par le jurisconsulte Salgado de Samoja dans son célèbre livre : *Labyrinthus creditorum*.

L'autonomie des créanciers a été tout d'abord adoptée par la loi française. Ainsi les créanciers donnent leur avis sur la personne à nommer comme syndic (art. 462); lorsque la faillite est close par l'union, les créanciers ont le droit d'accepter ou de refuser le compte rendu des syndics et de remplacer les syndics (art. 536); de même ils donnent leur avis sur l'excusabilité du failli (art. 537); la masse des créanciers peut autoriser les syndics à continuer l'exploitation commerciale (art. 532) et enfin tous les actes accomplis par les syndics peuvent être considérés

(1) Exposé des motifs du projet de loi. V. POLITEO, *Stecajni zakon*, p. 218.

comme faits par les créanciers ; car aux termes de l'article 532, « les syndics représentent la masse des créanciers ».

Sous l'influence du droit français, les lois des Etats allemands ont fait de larges concessions aux créanciers, de même la *Konkursordnung* autrichienne de 1868, d'après laquelle c'était la masse des créanciers qui acceptait ou refusait la succession échue au de la loi autrichienne sur la faillite, de 1914, a beaucoup restreint cette large autonomie et renforcé les pouvoirs du tribunal pour protéger d'une part le débiteur et, de l'autre, la majorité des créanciers contre les intérêts égoïstes de quelques créanciers.

La loi yougoslave a suivi sur ce point, aussi, la loi autrichienne et, bien qu'elle accorde aux créanciers une large participation dans la procédure, ne les considère que comme un des organes de la faillite, lequel dépend des autres, notamment du tribunal.

Première section

LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL

50. — Au point de vue de la compétence *ratione personae*, le tribunal compétent pour déclarer la faillite est celui dans le ressort duquel le débiteur a son principal établissement.

C'est ce qu'édictent la plupart des législations ⁽²⁾.

(2) Art. 440 du Code de com. français et art. 2 de la loi française de 1889 ; art. 685 du Code de com. italien ; art. 71 de la *Konkursordnung* allemande ; art. 63 de la loi autrichienne ; art. 72 de la loi hongroise.

L'article 62 de la loi yougoslave dispose de même. Tout d'abord, la compétence est déterminée par la principale entreprise du débiteur. Pour les personnes qui n'ont point d'entreprise sur le territoire du royaume, on prend en considération la résidence, subsidiairement le lieu où se trouvent les immeubles ou, à leur défaut, les meubles du failli. Lorsque le patrimoine du débiteur se compose de créances, le tribunal compétent sera celui du domicile du débiteur du failli ou, s'il réside à l'étranger, celui du domicile de son codébiteur solidaire. La compétence pour déclarer la faillite d'une société commerciale appartient au tribunal du lieu du siège social.

51. — Quant à la compétence *ratione materiae*, la diversité dans les législations est plus grande. Dans les pays où il n'y a pas de tribunaux de commerce, la compétence est attribuée soit aux tribunaux civils (art. 685 du Code de commerce italien, pays où la loi du 25 janvier 1888 supprimait les tribunaux de commerce), soit à une juridiction spéciale (comme en Angleterre ⁽³⁾ jusqu'à 1883).

Dans les pays qui ont des tribunaux de commerce et qui ne connaissent que la faillite commerciale, ce sont ces tribunaux qui prononcent la déclaration de faillite (art. 440 du Code de commerce français). Dans les pays, enfin, où la faillite n'est pas restreinte seulement aux commerçants, la compétence ne peut pas être attribuée aux juges consulaires. Ainsi, en Alle-

(3) Art. 9 de la loi du 11 août 1875. V. LYON-CAEN, *La loi anglaise sur la faillite*, Introduction, p. 34.

magne, c'est l'*Amtsgericht*, sorte de juge cantonal, qui a une compétence exclusive pour déclarer la faillite (art. 71 de la *Konkursordnung*); en Autriche c'est le tribunal civil, sauf dans le ressort de la Cour d'appel de Vienne où le jugement d'ouverture de « concours » des commerçants enregistrés émane du tribunal de commerce (art. 64 de la *Konkursordnung*). L'article 72 de la loi hongroise contient des dispositions analogues. La compétence est réglementée de la même manière par les articles 63 et 64 de la loi yougoslave, aux termes desquels les tribunaux d'arrondissement sont exclusivement compétents pour les débiteurs civils et les tribunaux de commerce pour les commerçants et sociétés commerciales. Cette disposition s'applique — selon l'opinion dominante — aussi bien aux commerçants enregistrés qu'aux autres ⁽⁴⁾.

52. — Quelques articles dispersés dans la loi complètent encore les dispositions précédentes.

Tout d'abord, le tribunal doit examiner d'office sa compétence, s'il est incompetent, le déclarer en tout état de cause, et rechercher le juge duquel relève l'affaire (art. 184). Cette prescription libère la procédure de beaucoup de formalités et en rend l'exécution plus rapide. Nous n'en trouvons pas d'analogue dans la loi autrichienne.

Par le jeu de la connexité, « si l'on doit déclarer en faillite un associé personnellement responsable, soit simultanément à la déclaration de faillite de la société

(4) En ce sens, ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 213 ; POLITEO, *op. cit.*, p. 68.

dont il est associé, soit au cours de la procédure de faillite de cette société, le tribunal compétent pour la faillite de la société sera également compétent pour la faillite de l'associé » (art. 63). De même « pour connaître et juger des procès sur la régularité et sur le rang des créances produites à la faillite, c'est le tribunal de faillite qui est compétent d'une manière exclusive, lors même qu'une juridiction spéciale serait compétente pour juger un tel procès engagé en dehors de la faillite » (art. 123).

S'il y a plusieurs tribunaux compétents, les opérations de la faillite seront dirigées par celui qui a le premier déclaré la faillite (art. 62, alinéa 3).

Les parties ne peuvent pas proroger la compétence par leur consentement mutuel (art. 185, alin. 2).

Les décisions judiciaires en cette matière sont exécutoires par provision et le recours n'a pas d'effet suspensif (art. 185, alin. 7).

Deuxième section

MANIÈRE DONT LE TRIBUNAL EST SAISI

53. — Le premier acte dans la procédure de faillite est la demande en justice par laquelle le demandeur cherche à empêcher que certains créanciers du débiteur ne soient payés au détriment des autres. La demande peut émaner soit du débiteur lui-même, soit d'un de ses créanciers. Bien qu'il s'agisse d'intérêts purement privés, certaines législations admettent l'ouverture *ex officio*.

I. — *Ouverture sur la demande du débiteur*

Faillite après décès

54. — Aux termes de l'article 69 de la loi yougoslave, la faillite doit être déclarée aussitôt que le débiteur la demande ⁽⁵⁾. En ce cas, le tribunal ne doit pas examiner si les autres conditions existent ou non et plus particulièrement s'il y a impossibilité de payer, s'il y a plusieurs créanciers ou si l'actif est suffisant pour couvrir les frais de procédure.

Cependant le tribunal doit examiner s'il est compétent et si le débiteur a le droit de demander la faillite. Il n'est pas nécessaire que le débiteur demande expressément sa mise en faillite; la déclaration par lui qu'il a cessé ses paiements vaut requête. Mais le débiteur n'est pas obligé de faire la déclaration de la cessation de paiements. Le tribunal, de son côté, n'est ni obligé, ni autorisé à ouvrir la faillite par cela seul qu'il acquiert connaissance de la cessation des paiements; mais dès que le débiteur la lui fait connaître, il est obligé de le déclarer en faillite.

55. — La demande de mise en faillite du débiteur est un acte de disposition de son patrimoine; donc la loi exige la capacité de disposer. Les personnes en puissance paternelle n'ont pas le droit de demander leur mise en faillite. Pour elles c'est le représentant légal qui a pouvoir pour le faire. La femme mariée

(5) « Même sur demande télégraphique du débiteur », déclare la Cour Suprême autrichienne dans son arrêt du 11 décembre 1888, rapporté par ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 227.

doit avoir l'autorisation de son mari. Pour les personnes en tutelle ou curatelle il faut le consentement du tuteur ou curateur, consentement homologué par le tribunal. (Voir art. 92 de la loi serbe sur les tutelles.)

Une personne ne peut pas demander sa mise en faillite et simultanément la faillite de ses co-débiteurs. Pour demander la déclaration de faillite d'une personne morale, il faut le consentement de celui ou de ceux qui ont le droit de disposer du patrimoine de celle-ci. Donc, pour une société en nom collectif, l'organe compétent est l'ensemble des associés personnellement responsables; pour une société en liquidation, l'ensemble des liquidateurs, pour une succession, l'ensemble des héritiers. Lorsque ces divers intéressés ne sont pas d'accord au sujet de la requête, alors, selon l'art. 69, al. 2, le tribunal devra les interroger sans retard. Si cela n'est pas possible, la faillite ne sera déclarée que si l'impossibilité de payer est rendue vraisemblable ⁽⁶⁾, ce qui peut être réalisé par tous les moyens de preuve possibles. Mais en ce cas, il faut l'existence d'au moins deux créanciers.

56. — Il est de règle d'exiger que le commerçant qui sollicite la faillite, joigne à sa demande un état comparatif de son actif et passif, le bilan. L'article 104

(6) L'expression « rendre vraisemblable » est employée par la loi à plusieurs reprises (*uciniti verovatnim, glaubhaft machen*). Comment on rendra vraisemblable un fait allégué, c'est déterminé par le nouveau Code de procédure civile du 13 juillet 1929 dans son art. 370 : pour rendre vraisemblable un fait allégué, on peut se servir de tous les moyens de preuve qui peuvent être fournis immédiatement, exception faite de la preuve résultant de l'audition des parties.

de la loi allemande exige que le débiteur donne au tribunal une liste de ses créanciers et débiteurs et un état de son patrimoine. Diverses lois ordonnent en outre que le requérant remette avec son bilan ses livres de commerce (art. 686 du Code de com. italien, art. 244 de la loi hongroise).

Certaines législations (art. 439 du Code de com. français et art. 686 du Code de com. italien) considèrent le dépôt de bilan comme nécessaire et obligent le débiteur à y procéder dans une durée variable, mais généralement fort courte (en France 15 jours, art. 438; cfr. art. 686 du Code de commerce italien), faute de quoi elles prononcent contre lui des sanctions qui aggravent sa situation. En Hongrie, une pareille obligation n'existe que pour les commerçants (art. 82 et 244). En Allemagne (art. 103 et 104 de la Konkursordnung) et en Autriche (art. 70), aucun devoir de ce genre n'est imposé au débiteur ; quelle que soit sa profession, l'aveu officiel de son insolvabilité n'est jamais pour lui que facultatif.

En Yougoslavie le débiteur n'est pas en principe obligé de demander la déclaration de sa faillite ⁽⁷⁾. Exceptionnellement cette obligation incombe aux membres du comité de direction d'une société anonyme ⁽⁸⁾. Cependant, durant la procédure du concor-

(7) Voir toutefois l'art. 345 du Code pénal yougoslave : « Sera déclaré banqueroutier simple... 4° le failli qui, connaissant son état d'insolvabilité, ne dépose pas son bilan à temps *et si par ce fait* il porte préjudice à ses créanciers ou à quelques-uns d'entre eux. »

(8) Art. 187 du Code de com. croate et art. 79 de la loi serbe sur les sociétés par actions. Cfr. art. 240 du Code de com. allemand ; art. 240 du Code de com. autrichien ; art. 187 du Code de com. hongrois et la loi hongroise de 1930, t. c. V, art. 82, sur les sociétés à responsabilité limitée.

dat préventif, le débiteur est libéré de ces obligations exceptionnelles (art. 16 de la loi sur le concordat préventif) ⁽⁹⁾.

57. — La loi contient quelques règles spéciales pour la faillite d'une masse successorale qu'elle considère comme une sorte de personne morale. Ces dispositions sont également applicables pour les personnes morales et sociétés commerciales en état de liquidation.

Nous avons déjà vu ⁽¹⁰⁾ que pour déclarer en faillite une masse successorale, il faut que le passif dépasse l'actif (art. 68). Tout héritier a le droit de demander la faillite de la succession, mais si la demande n'est pas introduite par l'unanimité des héritiers, la faillite ne sera prononcée qu'au cas où l'insuffisance de l'actif sera rendue vraisemblable (art. 69, al. 2) ⁽¹¹⁾.

Mais la loi prend des précautions en faveur des cohéritiers non-intervenants et ordonne au juge de les convoquer autant qu'il est possible, pour leur permettre de présenter leurs observations (art. 69, al. 2 et 3).

Le droit de demander la déclaration de faillite d'une succession appartient aussi aux créanciers.

58. — Selon l'article 437, al. 3 du Code de com. français, « la déclaration de la faillite ne pourra être soit prononcée d'office, soit demandée par les créan-

(9) De même : art. 62 de l'*Ausgleichsordnung* autrichienne (LEHMANN, *op. cit.*, p. 272 ; BARTSCH, *op. cit.*, p. 84) et art. 23 de la loi hongroise sur le concordat préventif (MESZLÉNY, *A csődönkívüli kényszerjegység és kényszerfelszámolás*, ad § 23, p. 71).

(10) V. *supra*, n° 44.

(11) V. art. 70 de la K. O. autrichienne et art. 217 de la K. O. allemande qui contiennent la même disposition.

ciers, que dans l'année qui suivra le décès ». Mais l'héritier peut-il demander la déclaration de faillite de son auteur prédécédé ? La question était discutée, mais il semble que les auteurs modernes s'accordent sur l'affirmative. « Pour répondre à l'objection tirée du silence de l'art 437, al. 3, du Code de commerce, il est plus sûr — dit M. Percerou — de se reporter simplement aux règles générales de notre législation en cette matière. En principe, l'héritier recueille tous les droits qui appartenaient au défunt. Or, parmi ceux-ci, figurait la faculté pour le *de cujus* de demander sa déclaration de faillite en déposant son bilan. Ce droit, comme tous les autres, doit se transmettre aux personnes qui lui succèdent. Cette solution, conforme aux principes généraux en même temps que satisfaisante en pratique, est adoptée formellement par les lois étrangères les plus récentes. A notre sens, en France aussi, l'héritier a donc le droit de provoquer la faillite de son auteur prédécédé... Or, les principes généraux de notre législation conduisent à cette solution que le droit de demander la faillite du défunt doit passer à son héritier tel qu'il appartenait au défunt lui-même, c'est-à-dire sans délai de forclusion. » ⁽¹²⁾).

2° Ouverture sur la demande des créanciers

59. — La faillite est une institution créée exclusi-

(12) PERCEROU, *op. cit.*, n^{os} 294 bis et 295. — En ce sens : BÉDARRIDE, *Traité des faillites*, I, n^o 25 ; *contra* : LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n^o 89. Pour l'examen détaillé de cette question, v. PERCEROU, Liquidation du passif héréditaire en Droit comparé, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1905, p. 811, et PERCEROU, Faillite et liquidation judiciaire après décès en Droit français, *Journal des faillites*, 1905, p. 415, 497 et 529.

vement au profit des créanciers. Ce sont donc les créanciers et eux seuls qui ont le droit d'en demander l'ouverture. Le créancier doit avoir une créance personnelle contre son débiteur (art. 70 de la loi yougoslave). Il doit rendre vraisemblable ⁽¹³⁾ l'existence de sa créance et le fait que le débiteur se trouve dans l'impossibilité d'exécuter ses engagements. Aux termes de l'article 71 de la loi yougoslave de 1929, le créancier ne doit prouver ou rendre vraisemblable que ces deux faits. Mais il résulte de l'article 76 de la même loi que le créancier doit aussi rendre vraisemblable qu'il n'est pas seul créancier, car comment le tribunal pourrait-il connaître s'il existe plusieurs créanciers ? ⁽¹⁴⁾.

Toutefois, l'insolvabilité du débiteur ne doit pas être rendue vraisemblable lorsque la requête du créancier est formée au cours de la procédure du concordat préventif ou dans les quinze jours après sa clôture. Car ici l'impossibilité de payer est déjà affirmée par le débiteur lui-même.

La créance doit être certaine (et le créancier doit en démontrer la vraisemblance), personnelle, et elle doit enfin résulter d'une obligation civile. Le débiteur qui n'exécute pas une obligation naturelle ne peut pas, pour cette cause, être déclaré en faillite.

Mais il n'est pas nécessaire que la créance soit échue. Ainsi un créancier à terme ou sous condition a le même droit qu'un créancier dont la créance est

(13) Sur le sens de l'expression « rendre vraisemblables », v. *supra*, n° 55, note 6.

(14) En ce sens : ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 233.

exigible (art. 71, 15 et 18). Un créancier à terme a encore plus d'intérêt à provoquer la faillite et à empêcher ainsi que le patrimoine du failli ne soit réparti avant l'échéance de son titre.

L'article 687, al. 2, du Code de commerce italien édicte l'exclusion de certains créanciers en raison de leur parenté: « Ne sont pas admis à demander la déclaration de faillite, les descendants, ascendants et le conjoint du débiteur. » En France aussi on a souvent adopté cette manière de voir par analogie avec les dispositions de la loi sur la contrainte par corps: la faillite pouvant provoquer l'arrestation du débiteur. Mais c'est l'opinion contraire qui prévaut aujourd'hui ⁽¹⁵⁾. Une telle restriction ne se trouve pas dans les autres législations ⁽¹⁶⁾.

Les créanciers hypothécaires ont-ils le droit de demander la faillite? La question est résolue différemment dans les divers Etats. L'affirmative est adoptée dans la plupart des pays ⁽¹⁷⁾. Cependant, d'après l'art. 70 de la loi yougoslave, le créancier hypothécaire qui demande la faillite doit prouver ou rendre vraisemblable que le bien hypothéqué ne suffit pas à couvrir sa créance ⁽¹⁸⁾.

Le tribunal doit interroger le débiteur concernant sa mise en faillite ou les personnes en état de fournir des renseignements sur la situation pécuniaire du dé-

(15) PERCEROU, *op. cit.*, n° 303 ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n° 95.

(16) KOHLER, *Lehrbuch*, p. 88 ; MITROVIC, *Stecajno pravo*, p. 181.

(17) PERCEROU, *op. cit.*, n° 303 ; KOHLER, *op. cit.*, p. 88.

(18) De même, art. 71 de la K. O. autrichienne.

biteur « si cela peut se faire à temps » (art. 71) ⁽¹⁹⁾. Si donc le débiteur ne peut être interrogé sans retard, le tribunal a la faculté d'accueillir ou de rejeter la demande sans avoir procédé à cet interrogatoire. Bien que l'audition du débiteur soit utile, la loi autorise le tribunal à passer outre et ainsi accélère la marche de la procédure ⁽²⁰⁾. Le tribunal ne rejette la demande sans procéder à l'interrogatoire du débiteur, du demandeur et d'autres personnes que si l'existence des conditions nécessaires n'est pas rendue vraisemblable. Le fait que le demandeur ne comparait pas à l'audience ne peut pas servir de motif au rejet de la demande ⁽²¹⁾.

Le montant de la créance nécessaire pour donner qualité au créancier pour introduire la demande d'ouverture de faillite n'est pas déterminé par la loi. Ainsi la faillite peut être demandée pour une créance minime.

Comme nous l'avons vu, lorsque le tribunal constate l'insuffisance de l'actif pour couvrir les premiers frais, il ne doit ouvrir la faillite que si le demandeur en donne caution (V. art. 77 de la loi yougoslave; art. 107 de la K. O. allemande; art. 73 de la K. O. autrichienne; art. 817 et 818 du Code de commerce

(19) L'art. 105 de la K. O. allemande et l'art. 71 de la K. O. autrichienne contiennent des dispositions analogues.

(20) En ce sens : ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 229 ; PODGRADSKY, *Stecajno pravo*, p. 14 ; BARTSCH, *op. cit.*, p. 52 ; *contra* : POLITEO, *op. cit.*, p. 76.

(21) C'est ce qu'a décidé la Cour Suprême autrichienne dans son arrêt du 16 janvier 1929 ; v. ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 229, note 2. Seulement si les faits exigés par la loi pour la déclaration de faillite ne sont pas rendus vraisemblables, le tribunal peut rejeter la demande.

italien et art. 87 de la loi hongroise). En France, au contraire, les premiers frais sont avancés par le Trésor qui en sera remboursé par privilège (art. 461), et le tribunal de commerce ne peut subordonner la déclaration de faillite sollicitée par un créancier à la consignation préalable d'une provision au greffe.

Le droit de demander la faillite est une disposition d'ordre public et la renonciation à ce droit faite par le créancier reste sans effet. Cependant le créancier peut renoncer à la poursuite judiciaire, de sorte que la créance devienne, pour la durée déterminée par les parties, une *obligatio naturalis*, obligation qui n'est pas de nature à permettre à celui au profit duquel elle existe de solliciter la déclaration de faillite.

La nouvelle loi yougoslave contient quelques règles spéciales concernant le débiteur en fuite, règles inconnues de la plupart des autres législations. Si le créancier demande la déclaration de faillite d'un débiteur en fuite (art. 72) ou dont la résidence est inconnue (art. 73), sans que l'on puisse supposer d'autres causes à une telle conduite que l'insolvabilité, le tribunal nommera un curateur, choisi de préférence parmi les parents du débiteur, qui devra déposer le bilan dans les huit jours. Le tribunal interrogera le créancier et décidera si le débiteur est vraiment insolvable ou non et, suivant sa décision, déclarera ou non la faillite.

3° Dispositions communes

60. — La demande en faillite formée soit par le débiteur, soit par le créancier, peut être faite par écrit ou par une déclaration verbale au registre du tri-

bunal. La faillite peut être demandée par mandataire, mais en ce cas, il faut un mandat spécial (*a contrario*, art. 132 du Code de proc. civ.).

61. — La demande en faillite peut être retirée par celui qui l'a présentée jusqu'à la publication du jugement (art. 75).

Tout d'abord, le débiteur peut rétracter sa proposition s'il s'est trompé sur l'évaluation de son passif ou si l'état de ses affaires s'est amélioré par suite d'une succession inattendue.

Le créancier, lui aussi, peut se désister, mais s'il y a plusieurs créanciers, il faut le consentement de tous.

Si le désistement se fait par mandataire, ce dernier doit être muni d'une procuration spéciale. Il peut intervenir, comme la demande elle-même, soit par écrit, soit par une déclaration verbale devant le tribunal.

La rétractation de la demande arrête la procédure, car la loi yougoslave ne connaît pas la déclaration *ex officio*. Le désistement peut intervenir même après le prononcé du jugement, et plusieurs hypothèses peuvent alors être envisagées. Si le tribunal acquiert à temps connaissance de la rétractation de la demande, il ne procédera pas à la publication et ainsi le jugement restera sans effet ; si le juge n'a été informé qu'après l'affichage du jugement, il ordonnera d'office l'annulation des publications et procédera à un nouvel affichage par lequel il fera savoir que les publications précédentes étaient erronées (art. 188, al. 3).

Le créancier qui se désiste ne peut former une nouvelle demande en faillite, basée sur la même créance, qu'à l'expiration d'un délai de six mois (art. 71, al. 3).

4° Pouvoirs et devoirs du tribunal.

Ouverture d'office

62. — Dès que le demandeur a rendu vraisemblable l'existence des conditions nécessaires, le tribunal doit en tirer les conséquences légales et déclarer la faillite. Il ne peut pas ajourner la déclaration soit pour cause d'inopportunité, soit en raison des avantages que présenterait une liquidation amiable ⁽²²⁾.

La loi de 1929 a supprimé aussi la « procédure préalable » qui existait dans le droit croate et cela pour des raisons pratiques. Tout d'abord, cette procédure permettait au débiteur de gagner du temps pour dissimuler ou vendre une partie de son actif. Ensuite, l'ouverture de la procédure préalable privait le débiteur commerçant des crédits nécessaires et ainsi, souvent, le débiteur qui n'était point insolvable le devenait par suite de ces mesures. Enfin la procédure subissait une lenteur excessive qui ne faisait qu'augmenter les frais. Notons aussi que la Cour de Cassation de Zagreb a désavoué cette institution, lors de sa consultation sur la nouvelle loi.

63. — Si on examine par le point de vue du droit comparé le problème de l'octroi ou refus au tribunal du pouvoir de déclarer la faillite *ex officio*, on se trouve en face de deux groupes de législations prenant à cet égard des positions opposées : le groupe latin et le

(22) Cour de Cassation française, 15 février 1897, D. P. 91, 1, 112, S. 97, 1, 223 ; PERCEROU, *op. cit.*, n° 316 ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n° 104.

groupe germanique. Le premier permet la déclaration d'office ⁽²³⁾, tandis que le second la rejette ⁽²⁴⁾. Et pourtant si l'on se rappelle que dans le système français le juge a beaucoup moins d'initiative que dans le système autrichien, et si l'on pense aux larges pouvoirs que donne aux créanciers le système général de la loi française, par opposition à celui de la loi autrichienne, on est surpris au premier abord de cette constatation. Cependant cette divergence de vues à l'égard de la déclaration de faillite d'office trouve aisément son explication dans la divergence des buts que les différents peuples ont assigné à l'institution de la faillite. Ainsi que nous l'avons exposé dans notre introduction ⁽²⁵⁾, les lois appartenant au groupe latin considèrent la faillite comme une sanction du manquement à la parole donnée et punissent la cessation de paiements comme un délit, tandis que les lois formant le groupe germanique ne l'envisagent que sous son aspect économique: elle ne leur apparaît point comme un délit, mais un accident de la vie économique; la faillite, à leurs yeux, n'intéresse que les

(23) Art. 440 du Code de com. français; art. 684 et 688 du Code de com. italien; art. 2, 3 et 25 de l'ancienne loi serbe. Mais, tandis que la loi française ne prévoit aucune condition spéciale, l'art. 688 du Code de com. italien exige que la *cessation des paiements constitue un fait notoire*.

(24) Art. 103 de la K. O. allemande; art. 70 et 71 de la K. O. autrichienne; art. 82 de la loi hongroise. Toutefois, dans ce dernier pays, la faillite peut être déclarée d'office en trois cas: 1° en ce qui concerne le patrimoine d'une société par actions étrangère, qui se trouve sur le territoire de l'Etat (art. 75); 2° lorsque le débiteur n'exécute pas ses engagements contenus dans le concordat (art. 226), et 3° lorsque le concordat vient à être annulé selon l'art. 229 (art. 232). Sur les dispositions de l'art. 229 de la loi hongroise, v. *infra*, n° 286, note 54.

(25) V. *supra*, n° 28 et suiv., n° 36.

créanciers et si ces derniers ne la provoquent pas, il n'y a aucune raison de troubler la marche normale des affaires ⁽²⁶⁾.

Le projet primitif d'où est sortie la loi yougoslave prévoyait la déclaration d'office; mais sur la réponse négative des personnes consultées, elle a été écartée de la rédaction définitive ⁽²⁷⁾. De même, au cours des travaux préparatoires de la loi autrichienne sur la faillite, des projets avaient été présentés qui tendaient à instituer l'ouverture d'office. Pollak avait proposé que la faillite pût être déclarée d'office lorsqu'il y aurait eu plusieurs saisies dirigées dans un court intervalle contre le débiteur, sans que ce dernier réglât ses créances dans un bref délai. Cependant cette proposition ne fut pas adoptée par le législateur autrichien.

En Allemagne, le tribunal peut prendre toutes les mesures provisoires nécessaires à la garantie du patrimoine, et notamment interdire toute aliénation. Ces mesures provisoires de l'art. 106 peuvent être prises par le tribunal lorsque, saisi par un créancier d'une demande de déclaration de faillite, il se contente de déclarer la demande recevable et, avant de juger au fond, ordonne une information sur la situation du débiteur.

La loi française ne prévoit que l'apposition des scellés d'urgence et dans certains cas seulement, déterminés par l'article 457.

(26) La suppression de la déclaration de faillite d'office a été plusieurs fois demandée, aussi bien en France qu'en Italie. Voir PERCEROU, *op. cit.*, n° 318 ; THALLER, *Des faillites en Droit comparé*, II, n° 157 ; v. *supra*, n° 36.

(27) POLITEO, *op. cit.*, p. 73.

64. — L'ouverture ex officio qui existait antérieurement en Serbie est donc supprimée. Le législateur considère que la faillite est une institution organisée pour la sauvegarde des intérêts privés des créanciers et qu'il n'y a pas de raison que l'Etat les protège contre leur volonté ou leur abstention.

A cette règle, il y a une seule exception résultant de l'article 57 de la loi sur le concordat préventif: « Si le débiteur est commerçant, aussitôt que la décision sur la cessation de la procédure sera devenue définitive, il sera déclaré d'office en faillite ». Cette disposition tire son origine première de la loi croate (art. 219 de la loi sur le concordat préventif), d'après laquelle le débiteur commerçant était déclaré en faillite dès que le tribunal avait pris connaissance de la cessation des paiements ⁽²⁸⁾. Mais elle a pris une portée différente de celle qu'elle avait sous l'article 219 de l'ancienne loi croate, depuis la promulgation de la nouvelle loi yougoslave. Car, actuellement, dès que le débiteur retire sa proposition, la procédure doit être close et la faillite d'office ne peut pas être déclarée. Il n'y a pas alors suspension, mais clôture de la procédure.

Donc la déclaration de faillite d'office reste limitée aux cas exceptionnels où le débiteur commerçant ne

(28) La même disposition est contenue dans la loi hongroise sur le concordat préventif (art. 88) ; MESZLÉNY, *op. cit.*, ad. § 88, p. 253 et suiv. Au contraire une pareille règle ne se retrouve pas dans l'*Ausgleichsordnung* autrichienne. — Aux termes de l'art. 80 de la *Vergleichsordnung* allemande, « la demande d'ouverture de la procédure de concordat préventif vaut comme demande d'ouverture de la procédure de faillite sans qu'il y ait possibilité de la retirer ». V. la traduction de cette loi : *Annuaire de lég. étr.*, 1927, p. 492 et s.

déclare, ni dans sa demande de concordat préventif, ni au cours de la procédure du concordat, qu'il s'oppose à l'ouverture de la faillite, ou lorsqu'il ne retire pas sa demande de concordat préventif avant la publication du jugement d'ouverture de faillite.

Troisième section

LE JUGEMENT D'OUVERTURE

65. — Le tribunal, après avoir examiné la recevabilité de la demande et constaté l'existence de toutes les conditions légales, déclarera le débiteur en faillite.

Pour statuer sur la demande en faillite, le tribunal de faillite est seul compétent (art. 78 de la loi yougoslave). Le jugement doit être motivé et doit mentionner la qualité du demandeur (débiteur ou créancier).

Lorsqu'on parle de faillite, on paraît toujours envisager qu'il est intervenu un jugement déclaratif de faillite. Cependant il y a des divergences à ce sujet dans la doctrine des divers pays. « On peut, dit un auteur français, considérer la faillite sous deux points de vue: ou comme l'état d'un commerçant qui a cessé ses paiements, ou comme l'état d'un commerçant qui a été déclaré judiciairement failli. La coutume commerciale, de même que notre Code et bien longtemps avant lui, s'attachant au fond des choses plutôt qu'à leur forme extrinsèque, a fait consister la faillite dans la cessation des paiements. Cette solution s'accorde avec la tendance de notre droit français à préférer

une législation d'équité à une législation de formules. La faillite est donc un fait qui existe par lui-même, un fait que le jugement déclaratif constate, mais ne crée pas, un fait qui à lui tout seul produit des effets légaux, bien qu'il n'ait pas la même portée qu'un jugement déclaratif et n'entraîne pas des conséquences aussi étendues » (29).

Cette manière de considérer la faillite peut être acceptée en France et en Italie où la faillite existe dès qu'il y a cessation de paiements (30).

La *faillite virtuelle* ou faillite de fait de la jurisprudence française produit donc ses effets légaux, mais seulement en ce qui concerne les règles de fond proprement dites. Par contre, les dispositions de procédure et certaines dispositions de fond connexes à la procédure ne sauraient s'étendre à la faillite de fait (31). Aujourd'hui, la doctrine rejette la théorie de la faillite virtuelle (32).

La majorité des législations européennes se range à un système contraire qui exige qu'il soit intervenu un jugement pour que la faillite soit ouverte.

66. — Le jugement déclaratif de faillite diffère des jugements ordinaires en ce qu'il présente un certain

(29) RENOARD, *Traité des faillites et des banqueroutes*, I, p. 228.

(30) Art. 437 du Code de Com. français : « Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite. » Le Codice di Commercio, dans son art. 638, s'exprime en termes semblables : « Il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali è in istato di fallimento. » La Cour de Cassation française a exprimé la même idée dans son arrêt du 15 février 1897, D. P. 97, I, 112, S. 97, I, 233.

(31) V. PERCEROU, *op. cit.*, nos 231 et s.

(32) LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n° 189 ; BONNECASE, *La faillite virtuelle*, p. 177.

caractère d'universalité. Il produit ses effets *erga omnes* ⁽³³⁾. C'est une exception au principe que *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*. Ensuite, ce jugement emporte sur tout le patrimoine du commerçant une sorte de mainmise judiciaire.

La conséquence de ce caractère d'universalité est que deux procédures de faillite ne peuvent pas se dérouler en même temps et pour le même débiteur devant deux tribunaux différents.

67. — Le jugement contient avant tout déclaration que la faillite est ouverte sur tout le patrimoine du débiteur. Dans le jugement le tribunal nomme en outre le juge-commissaire, le syndic, détermine la date de la première assemblée des créanciers qui doit avoir lieu quinze jours au plus tard après la déclaration de faillite, le délai de production des créances — qui est en principe de trente à quatre-vingt-dix jours à partir de l'ouverture de la faillite —, la date de l'assemblée de vérification des créances, laquelle sera convoquée quinze jours après l'expiration du délai pour l'inscription des créances, et il prend toutes les mesures provisoires nécessaires à la conservation du patrimoine du débiteur. Enfin c'est à ce moment

(33) V. Cour de Cassation française, toutes Chambres réunies, 24 mars 1857, D. P. 57, 1, 208 ; Cfr. Pau, 7 mai 1884, D. P. 86, 2, 32 : « Attendu qu'un jugement déclaratif de faillite, du moment où il a été prononcé, n'appartient plus à celui qui l'a provoqué ; qu'il devient, par la volonté de la loi, commun à tous les intéressés ; ...qu'il crée une situation que l'on peut considérer comme étant d'ordre public ; qu'il n'est donc pas possible d'admettre que le créancier qui a provoqué la faillite puisse, par une renonciation ultérieure, faire tomber les effets du jugement qu'il a obtenu... »

que le tribunal décide s'il y a lieu ou non de suivre la procédure sommaire.

68. — Aux termes de l'article 1^{er} de la loi yougoslave, « le jugement d'ouverture de faillite produit ses effets juridiques à partir du commencement du jour où l'avis de ce jugement a été affiché au tableau du tribunal de faillite ».

Le commencement des effets de l'ouverture de la faillite est déterminé de la même façon par la loi autrichienne (art. 2) et hongroise (art. 1^{er}). Au contraire, dans les lois allemande (art. 108), française (art. 443), italienne (art. 699) et dans l'ancienne législation croate (art. 1^{er}), les conséquences juridiques commencent à partir de l'émission du jugement déclaratif de faillite. En pratique, il n'y a pas une grande différence entre les deux systèmes, étant donné la disposition de l'article 80 de la loi yougoslave: l'avis du jugement d'ouverture de la faillite sera affiché au tableau du tribunal le jour même de la décision ⁽³⁴⁾. Pourtant, en théorie il y a une différence essentielle entre les deux points de vue; car l'affichage du jugement déclaratif est de *nature constitutive* d'après la nouvelle loi yougoslave, tandis que dans le système contraire, il n'est qu'un mode de publicité. Dans le premier système, le jugement n'a aucun effet sans son affichage, fût-il signifié à tous les intéressés et inséré dans les journaux nécessaires.

Le système adopté par la loi yougoslave nous paraît

(34) V. les dispositions analogues des lois autrichienne (art. 75) et hongroise (art. 90).

préférable au système français, car il tient compte des intérêts des tiers qui ne seront avertis que par l'affichage. Ensuite grâce à la prescription de l'article 80, il n'est pas à craindre que le débiteur ne dilapide entre-temps le reste de sa fortune.

Les effets légaux commençant donc à partir de la première minute du jour de l'affichage du jugement, la déclaration de faillite prime tous les autres actes du débiteur faits le même jour avant que le tribunal ait statué sur la demande en faillite ⁽³⁵⁾.

En ce qui concerne la déclaration de faillite prononcée après la suspension de la procédure du concordat préventif, il résulte de la combinaison des articles 1^{er} et 57, al. 2 et 3, de la loi yougoslave qu'il faut procéder différemment suivant qu'il s'agit d'un commerçant ou d'un débiteur civil.

Lorsque le débiteur est commerçant, si la procédure du concordat préventif est suspendue, il sera déclaré en faillite d'office. (V. supra n° 64.) S'agit-il au contraire d'un débiteur civil, alors le tribunal, après la suspension de la procédure du concordat préventif, attendra encore quinze jours les demandes éventuelles et ce n'est qu'à défaut de demande en faillite déposée dans ce délai qu'il donnera mainlevée des inscriptions et des autres mesures provisoires prises à l'occasion de l'ouverture de la procédure du concordat. Au cas où une telle demande aurait été formée dans le délai de quinze jours à partir de la suspension

(35) En ce sens : ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 2. Cfr. art. 7, al. 3 de la K. O. allemande, aux termes duquel tous actes juridiques du débiteur accomplis le jour de l'ouverture de la procédure sont présumés faits après la déclaration de faillite.

de la procédure du concordat préventif et si la faillite est déclarée, alors les délais qui doivent courir du jour de la déclaration de faillite seront comptés à partir du jour de l'ouverture de la procédure du concordat préventif.

69. — Le jugement déclaratif de faillite est immédiatement exécutoire par provision (art. 185) et cela s'explique par le caractère de célérité qui est indispensable en la matière. C'est pour un motif de même ordre que l'on rencontre encore une dérogation au droit commun, analogue à la précédente. Il est de règle que l'appel, quand il intervient, a un effet suspensif de l'exécution du jugement. En cas de jugement déclaratif de faillite, l'appel, même une fois formé, n'arrête pas l'exécution du jugement (art. 78). Si plus tard la faillite est rapportée, on s'efforcera, dans la mesure du possible, de réparer ce qui a été fait.

L'exécution du jugement déclaratif de faillite comporte l'entrée immédiate en fonctions du syndic. En outre, un juge-commissaire est désigné, qui entre aussitôt en fonctions et contrôle le syndic.

70. — La décision judiciaire par laquelle une personne est déclarée en faillite reste inconnue des tiers intéressés jusqu'à sa publication; ce n'est qu'à partir de ce moment que les intéressés sont considérés comme renseignés sur la déclaration de faillite. Pour cette raison, le tribunal doit afficher l'avis du jugement d'ouverture le jour même où la décision a été prise.

Examinons tout d'abord les divers moyens par lesquels les personnes intéressées sont averties du changement qui s'est produit dans le patrimoine de leur débiteur, ensuite le contenu de la publication.

71. — Parmi les divers procédés destinés à donner connaissance aux intéressés de l'ouverture de la faillite, le plus important est celui de l'affichage. Selon l'article 80 de la loi yougoslave, l'avis du jugement déclaratif de faillite sera affiché au tableau du tribunal de faillite le jour même de la décision. En effet, comme nous avons vu (v. *supra* n° 68), cette publication est de nature constitutive et, sans elle, le jugement d'ouverture reste sans effet.

Par ce mode de publicité sont renseignées plus spécialement les personnes habitant la ville où siège le tribunal. Cependant un grand nombre d'intéressés peuvent être établis ailleurs que dans le lieu du siège du tribunal de faillite. Pour cette raison le même article dispose qu'en outre, l'avis du jugement déclaratif de faillite sera affiché au tableau du tribunal cantonal dont le juge-commissaire fait partie; l'un des juges de ce tribunal cantonal peut être nommé juge-commissaire en vertu de l'article 85, al. 1^{er}. De plus, si la résidence du débiteur ou le siège de son entreprise sont en dehors de la localité où se trouve le tribunal de faillite, l'avis du jugement déclaratif de faillite sera affiché aussi au tableau du tribunal des lieux en question. Enfin, l'avis du jugement d'ouverture sera affiché dans les locaux de la bourse lorsque le débiteur est commerçant ou lorsqu'il s'agit d'une société commer-

ciale inscrite au registre du commerce, dont la résidence ou le siège social se trouve au lieu de la bourse. Lorsque le débiteur a sa résidence en dehors du lieu où se trouve la bourse, ou, qu'habitant ce lieu, il n'est pas commerçant, l'affichage n'est prescrit que s'il est membre ou visiteur de cette bourse (art. 80) ⁽³⁶⁾.

L'article 697, al. 1^{er} du Code de commerce italien ordonne que le nom et le prénom du failli soient inscrits sur la liste (*albo*) affichée dans la salle du tribunal qui a déclaré la faillite et dans la salle des bourses de commerce auxquelles le tribunal communiquera la déclaration prononcée.

Cette mesure est prise, avant tout, pour informer les habitués de la bourse; ainsi chacun peut connaître les commerçants qui sont en état de faillite; mais en dehors de son caractère de publicité, l'inscription sur la liste des faillis a aussi l'effet d'une peine disciplinaire: ceux dont le nom est inscrit sur la liste des faillis ne peuvent pas entrer dans les locaux de bourse (art. 697, al. 2) ⁽³⁷⁾.

L'article 613 du Code de commerce français interdit aux faillis l'accès des locaux de la bourse, mais par contre ce Code ne connaît aucune publicité pareille à celle de l'article précité du Code de commerce italien.

72. — Le tribunal doit notifier une expédition con-

(36) Cfr. art. 75 de la K. O. autrichienne.

(37) V. VIDARI, *op. cit.*, VIII, nos 7534 et 7537. Cfr. art. 7 du *Börsengesetz* allemand : v. JAEGER, *Kommentar zur Konkursordnung*, I, p. 456 et s.

forme à l'avis du jugement d'ouverture à tous les créanciers dont les adresses sont connues, à l'autorité compétente des contributions indirectes et au ministère public (art. 81). Tous les autres intéressés sont considérés comme suffisamment avertis par l'affichage de l'avis du jugement. C'est aussi l'affichage qui détermine le moment où commencent à courir tous les délais pendant lesquels peuvent être utilisées les voies de recours.

73. — Il peut y avoir des créanciers ignorés par le tribunal et n'habitant pas le lieu de son siège, qui ne seraient pas renseignés si la loi n'avait pas organisé encore un mode de publicité: l'insertion d'un extrait de l'avis du jugement dans les journaux destinés à la publication des affiches légales du tribunal de faillite.

L'article 186, al. 3, permet au tribunal, en cas de faillite d'une entreprise ayant un très grand nombre de créanciers, de supprimer les notifications individuelles si une publicité suffisante a été assurée par les insertions dans les journaux.

74. — Enfin le juge-commissaire aura soin de procéder à l'inscription de la déclaration de faillite, avec mention de la date, dans les livres fonciers relatifs aux immeubles en cause et dans tous les autres registres dans lesquels un droit quelconque du débiteur est inscrit (registre du commerce, registre des coopératives, etc...). Cette mention est exigée surtout pour la protection des tiers. Car les effets de la faillite, en ce qui concerne le dessaisissement du débiteur, ne

dépendent point de l'existence de ces mentions ⁽³⁸⁾. Leur omission ne comporte aucune sanction (art. 82).

75. — Comme nous l'avons vu, parmi tous les modes de publicité le plus important et le seul qui soit sanctionné par la loi, consiste dans l'affichage d'un avis du jugement déclaratif de faillite. Cet avis du jugement doit fournir aux tiers tous les renseignements utiles pour la sauvegarde de leurs intérêts au cours de la procédure de faillite. Il doit indiquer, selon l'article 79, le tribunal qui a ouvert la faillite, les noms et adresses du débiteur, du juge-commissaire et du syndic, le lieu, la date, l'heure et le but ⁽³⁹⁾ de la première assemblée des créanciers, ainsi que le lieu, la date et l'heure de l'assemblée générale de vérification des créances, enfin la désignation des journaux destinés à la publication des affiches ultérieures. L'avis de jugement doit contenir en outre une invitation adressée aux créanciers à présenter leurs créances dans un délai fixé, avec l'indication des sanctions qui résulteraient du retard ⁽⁴⁰⁾, ainsi qu'un avertissement aux personnes qui possèdent des biens de la masse

(38) Cour Suprême autrichienne, 30 novembre 1908, rapporté par ZUGLIA et VERONA, op. cit., p. 242 : « L'inscription du jugement déclaratif dans les livres fonciers n'est qu'une mesure d'utilité pratique ayant pour but d'indiquer aux tiers que tel immeuble n'est plus à la libre disposition du propriétaire ; de l'omission de cette mesure ne peut résulter aucun droit sur l'immeuble. »

(39) Ce but peut être soit l'élection du comité des créanciers, soit le remplacement du syndic.

(40) Le retard sera sans conséquence si les créances sont produites avant la clôture de l'assemblée générale de vérification. Dans le cas contraire, une assemblée spéciale sera convoquée aux frais du créancier retardataire et celui-ci ne pourra plus critiquer les créances vérifiées et admises.

de la faillite de ne rien remettre ni payer au débiteur, mais d'informer aussitôt le syndic de ces objets, de ces dettes et de leurs droits réels sur ces objets.

Les mêmes règles sont exprimées par les lois autrichienne (art. 74 à 76), allemande (art. 111 à 114) et française (art. 442).

76. — Si la Cour d'appel, saisie d'un recours, infirme la décision du tribunal d'arrondissement et n'admet pas la déclaration de faillite, le tribunal de faillite doit ordonner la mainlevée de toutes mesures prises et mentions inscrites aux divers registres dont nous avons parlé plus haut et doit publier la clôture de la faillite de la même manière que son ouverture (art. 84). Les mêmes règles s'appliquent également au cas où la faillite est close soit par la répartition des biens (art. 151), soit par un concordat judiciaire (art. 169) ou amiable (art. 179), soit enfin au cas où les conditions d'ouverture font défaut parce qu'il n'y a qu'un seul créancier (art. 178, al. 1^{er}) ou bien parce que l'actif ne suffit pas pour couvrir les frais de procédure (art. 178, al. 2).

77. — Pour empêcher que le débiteur ne détourne une partie de son actif mobilier, le tribunal doit informer de l'ouverture de la faillite les bureaux de poste et de télégraphes, le service des douanes, les ports et les gares de chemins de fer, enfin la direction de la navigation aérienne qui sont obligés de remettre au syndic tous les envois adressés au débiteur. Les banques, institutions de crédit et établissements de dépôts où

le débiteur possède une créance, dépôt ou coffre-fort seront avertis, et à partir de ce moment ils ne doivent disposer des biens dont le débiteur est propriétaire ou copropriétaire qu'avec l'autorisation du juge-commissaire (art. 83).

Enfin le tribunal peut mettre le débiteur sous mandat d'arrêt provisoire (v. n° 107). Au contraire, en France (art. 455) et en Italie (art. 695), le débiteur ne peut être arrêté qu'une fois la faillite déclarée.

78. — « Contre le jugement déclaratif de faillite, ou contre la décision par laquelle le tribunal a rejeté une demande en déclaration de faillite, toute personne intéressée peut former recours », déclare l'article 78 de la loi yougoslave.

79. — Il faut s'entendre sur l'expression « toute personne intéressée ». Ces personnes sont tout d'abord le débiteur, le créancier et le tiers qui, ayant traité avec le débiteur à la veille de la déclaration de faillite, voit son contrat annulé en vertu des articles 27 et suivants.

Lorsque la faillite est déclarée sur la requête du débiteur lui-même, tous les créanciers peuvent former recours contre le jugement, car, en cas d'ouverture de faillite, leurs droits subissent des restrictions. En cas de faillite d'une personne morale, d'une société commerciale ou d'une succession, ont le droit de former appel ceux des associés personnellement responsables, les cohéritiers ou liquidateurs, qui n'ont pas

demandé la faillite ⁽⁴¹⁾. Contre le rejet de la demande, ne peuvent appeler que ceux qui ont formé la demande.

80. — L'appel est en principe dévolutif, il sera adressé à la Cour d'appel. Mais tant que nul n'a acquis de droits subjectifs, personnels, c'est-à-dire jusqu'à l'exécution du jugement, le tribunal peut lui-même examiner le recours formé et modifier sa décision (art. 188, al. 3). Il peut être formé soit par écrit, soit par une déclaration verbale devant le tribunal (art. 185, al. 3). Il peut contenir des faits et moyens nouveaux (art. 188, al. 1^{er}).

81. — Le délai d'appel est de huitaine à partir de la signification du jugement. Mais, lorsque le jugement est assujetti à l'affichage, le délai court du jour de l'affichage, sans égard à la signification de l'acte (art. 186, al. 2).

82. — L'appel n'a pas d'effet suspensif. C'est une dérogation au droit commun exigée par la rapidité nécessaire de la procédure de faillite.

83. — Les parties peuvent enfin se pourvoir en cessation. Mais étant donné l'organisation des tribunaux en Yougoslavie où la Cour de Cassation n'est pas une juridiction d'exception mais un tribunal de troisième degré, le pourvoi ne sera possible que si la Cour d'appel modifie le jugement rendu par le tribunal de première instance. A cette règle générale

(41) En ce sens : ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 236.

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

CHAPITRE III

Les Organes de la Faillite

85. — Etant donné la situation exceptionnelle du failli au point de vue juridique et économique dans la procédure de concours, plusieurs organes sont prévus pour opérer la répartition des biens du failli entre ses créanciers. Ce sont: le tribunal de faillite, le juge-commissaire ⁽¹⁾, le syndic ⁽²⁾, le comité des créanciers et l'assemblée des créanciers.

Avant d'entrer dans l'examen détaillé de chacun des organes, mentionnons avant tout que la question de l'interdépendance des organes a été l'objet de beaucoup de discussions lors de l'émission de la loi yougoslave. La majorité des coopératives agricoles exigeait, au nom de l'autonomie des créanciers, que ces derniers eussent le dernier mot dans la nomination du syndic. Cependant, il ne faut pas perdre de vue

(1) En Serbie, avant la loi du 1929, il y avait un *conseil judiciaire*, *prijavni odbor*, composé d'un juge titulaire et d'un juge stagiaire, nommés par le tribunal (art. 37).

(2) Dans l'ancienne loi serbe les fonctions du syndic actuel étaient divisées entre le *curateur*, *staralac*, auquel était confiée l'administration des biens du failli, et le *défenseur*, *branilac*, qui s'occupait des actions judiciaires.

que le syndic, dans notre organisation de faillite actuelle, n'est pas que le représentant de la majorité des créanciers. Il doit agir au nom et dans l'intérêt de tous les créanciers. La nouvelle loi yougoslave a donc limité cette autonomie en réservant au tribunal le droit de nommer le syndic; par contre, elle a donné à ce syndic des pouvoirs plus larges; le syndic reste indépendant envers les créanciers. Seulement, l'élargissement des pouvoirs du syndic comporte une plus grande responsabilité et il est logique et juste que le juge-commissaire le contrôle. Ce dernier est à son tour placé sous l'autorité du tribunal (3).

Première section

LE TRIBUNAL DE FAILLITE. SON RÔLE

86. — Le tribunal dirige toute la procédure, aide à l'exécution et contrôle les différents organes.

Les fonctions du tribunal sont divisées entre le Collège, composé de trois juges professionnels (4) et le juge-commissaire.

Le tribunal a une compétence exceptionnelle, il n'intervient que dans les cas déterminés par la loi.

(3) La loi italienne de 1930 marque une tendance d'abandon de l'autonomie des créanciers. Le syndic n'est plus un organe choisi par les créanciers, mais un *fonctionnaire*; il est qualifié de *publico ufficiale*. Il est entièrement sous la dépendance directe du juge-commissaire, et c'est ce dernier qui a la direction effective et l'initiative dans la procédure de faillite.

(4) Que la faillite se déroule devant un tribunal de commerce ou non, le Collège ne doit jamais être composé que de juges professionnels, sauf si au cours de la procédure surgit un incident qui relève de la compétence exclusive d'un tribunal d'exception.

Mais il contrôle toujours le juge-commissaire; il peut le révoquer, le remplacer; il examine ses actes et il peut enfin exiger qu'il lui fasse rapport (art. 85 de la loi yougoslave de 1929).

C'est le tribunal qui prononce le jugement d'ouverture ou de clôture de la faillite (art. 62 et 58) ; c'est lui qui nomme ou remplace le juge-commissaire et le syndic (art. 85 et 86) ; le tribunal peut s'opposer à l'exécution d'une décision prise par le comité des créanciers ou par l'assemblée des créanciers (art. 105); il peut dispenser le syndic de demander l'autorisation du comité des créanciers, laquelle est nécessaire pour l'accomplissement de certains actes prévus par les articles 128 et 129 (art. 130) ; il examine l'admissibilité du failli au concordat (art. 154), homologue le concordat voté ; il intervient enfin toutes les fois qu'il y a désaccord entre le juge-commissaire et les créanciers (art. 134 et 142).

La plupart des actes du tribunal se font sur la demande des intéressés (l'ouverture de la faillite, par exemple) ; mais en dehors de cela, le Collège a aussi à exécuter quelques fonctions de sa propre initiative, comme l'examen de sa compétence (art. 184) ; au cas où le tribunal croit à l'existence d'un fait punissable, il doit en donner avis au procureur (art. 189) ; il peut ordonner au débiteur de prêter serment (art. 77). En somme, le tribunal doit examiner d'office toutes les circonstances qui sont d'utilité pour la procédure de faillite.

L'article 183 déclare enfin que, dans tous les cas, où il n'y a pas de dérogation expresse, le Code de procédure civile est applicable.

Deuxième section

LE JUGE-COMMISSAIRE

87. — La nomination et les fonctions du juge-commissaire sont déterminées dans l'art. 85. « Le tribunal de faillite désignera un de ses membres comme juge-commissaire ⁽⁵⁾. Pour des raisons d'opportunité, le tribunal de faillite pourra nommer juge-commissaire le doyen d'âge des juges du tribunal cantonal de son ressort », lorsque l'entreprise ou la résidence du débiteur se trouve en dehors du ressort du tribunal cantonal qui siège au même lieu que le tribunal de faillite. Il est placé sous l'autorité du tribunal qui peut le révoquer pour raisons graves.

88. — La principale fonction du juge-commissaire est de contrôler les personnes chargées de l'administration des biens du failli et de prononcer toutes les décisions judiciaires qui ne sont pas réservées au tribunal. Contre ces ordonnances, les voies de recours sont ouvertes ; elles sont portées non pas devant le tribunal de faillite, mais devant la Cour d'appel ⁽⁶⁾. C'est ce qui prouve qu'il ne joue pas le rôle d'un juge délégué, mais d'un juge unique. Par conséquent, le

(5) En pratique, le juge-commissaire, au lieu d'être désigné à nouveau à l'ouverture de chaque faillite, est nommé par le président du tribunal pour toutes les faillites qui s'ouvriront dans l'année.

(6) Voir au contraire art. 453 du Code de com. français : « Ces recours seront portés devant le tribunal de commerce. » De même en Italie, où le juge-commissaire porte le nom de *giudice delegato*, « *i richiami sono portati dinanzi al tribunale a udienza fissa* » (art. 910, al. 2).

tribunal de faillite ne peut pas modifier ses décisions, ce qui était possible dans la loi croate. Pour exprimer ses fonctions, on pourrait dire qu'il dirige la procédure et prépare le jugement.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, il est sous le contrôle du tribunal. De son côté, il surveille la gestion du syndic concurremment avec le comité des créanciers. Il se peut que le comité des créanciers ne soit pas encore constitué, car ce n'est qu'un organe facultatif ⁽⁷⁾ ; en ce cas, c'est le juge-commissaire qui remplit toutes les fonctions de ce comité (plus particulièrement, il doit surveiller le syndic, lui donner les directives et consentements nécessaires).

Dans la plupart des autres législations, c'est aussi un juge unique qui conduit la marche de la procédure, le *Konkurskommissär* en Autriche (art. 79), le *juge-commissaire* en France (art. 451), le *giudice delegato* en Italie (art. 727), dont les pouvoirs ont été élargis par la loi du 10 juillet 1930 ⁽⁸⁾. En Allemagne, au contraire, le juge-commissaire est inconnu ; ses fonctions sont réparties entre le tribunal de faillite (*Amtsgericht*, composé d'un juge unique) et le syndic (art. 71 et suivants de la *Konkursordnung*).

Troisième section

LE SYNDIC

89. — L'organe le plus important de la faillite est

(7) En ce sens : ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 269.

(8) V. *supra*, n° 85, note 3. Aux termes de l'art. 4 de la loi de 1930, « il giudice delegato ha la direzione dell'amministrazione del fallimento ». Cfr. NAVARRINI, *Le nuove disposizioni in materia fallimentare*, p. 63 et s.

le syndic. Sa fonction consiste dans la prise de possession, dans l'administration, dans la mise en valeur des biens du failli ; il doit ensuite répartir l'argent du failli entre les créanciers dont les créances sont vérifiées avec sa collaboration.

Quelle est la situation juridique du syndic ? En théorie, on rencontre plusieurs opinions que nous mentionnons brièvement : 1° Selon certains auteurs ⁽⁹⁾, le syndic serait le représentant du failli, sauf lorsqu'il annule quelques actes du débiteur, ou agit au nom des créanciers ; 2° D'après d'autres, il représenterait les créanciers ⁽¹⁰⁾ ; 3° Dans une troisième théorie de la représentation, le syndic serait le représentant du patrimoine de la faillite, « masse faillie », ce patrimoine étant envisagé comme doué d'une personnalité juridique ⁽¹¹⁾ ; 4° D'après une quatrième théorie, le syndic ne serait plus un représentant d'aucun groupe particulier d'intérêt, mais un organe créé dans l'intérêt public pour atteindre le but de la procédure de faillite ⁽¹²⁾.

(9) V. le développement de cette question : JAEGER, *op. cit.*, ad. § 3, p. 120 à 161.

(10) PERCELOU, *op. cit.*, n° 1098 ; v. art. 76 de l'ancienne *Konkursordnung* autrichienne de 1868 : « Der Masseverwalter ist Vertreter der Gläubigerschaft... » Certains auteurs attribuent au syndic une double qualité : il serait le représentant des créanciers et du failli. V. LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n° 424.

(11) V. les décisions de la Cour de Cassation de Belgrade dans le « Code de Commerce et Procédure de faillite », collection NIKETIC, 1914, ad. § 52 ; MITROVIC *op. cit.*, p. 50.

(12) BARTSCH, *op. cit.*, p. 62 : « Im geltenden Rechte ist die publizistische Theorie begründet. Der Masseverwalter hat im Auftrage des Gerichtes, aber unabhängig von Anordnungen des Gemeinschuldners oder von Befehlen der Konkursgläubiger die Verwaltung des Konkursvermögens und der Anfechtungsansprüche zu besorgen. » Il paraît que cette manière de voir est adoptée en Italie aussi, surtout depuis la récente réforme légis-

Quant à nous, nous voyons dans le syndic tout d'abord et avant tout un représentant des créanciers. En effet, la faillite est une institution dont le but est de sauvegarder les intérêts des créanciers ; c'est dans cet intérêt que le syndic prend possession des biens du failli, qu'il détermine le sort des contrats conclus par le failli et encore non exécutés ; qu'il annule certains actes du débiteur faits avant la déclaration de faillite ; c'est toujours dans le même intérêt qu'il administre et répartit les biens du débiteur après l'échec du concordat ⁽¹³⁾. De même, à partir du dessaisissement du débiteur, bien que le syndic soit le représentant légal du débiteur ⁽¹⁴⁾, il ne le représente que dans l'intérêt des créanciers et c'est dans leur intérêt qu'il peut être autorisé par la justice à prendre les mesures nécessaires pour établir la situation exacte du patrimoine du débiteur et pour en accroître l'actif (par l'acceptation notamment des donations et des successions échues au débiteur).

Mais il n'est pas que le représentant des créanciers, il est aussi une sorte de fonctionnaire public, investi d'un *munus publicum* et placé sous le contrôle de la

lative de 1930 qui a conféré au syndic la qualité de fonctionnaire: « *Resta così eliminata la controversia, variamente definita, del carattere giuridico del curatore ; egli non rappresenta nè il fallito, nè i singoli creditori, nè la massa dei creditori, nè il fallimento ; egli è, nei limiti et colle attribuzioni più modeste di cui si dirà fra poco, un organo del processo fallimentare, il cui svolgimento ha carattere publicistico : il concetto di rappresentanza di interessi particolari viene eliminato.* » NAVARRINI, *op. cit.*, p. 47.

(13) En ce sens : KOHLER, *op. cit.*, p. 399 et s. V. art. 532 du Code de com. français : « Les syndics représentent la masse des créanciers. »

(14) Ce caractère du syndic a été reconnu par la Cour Suprême autrichienne le 6 septembre 1927. V. ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 79.

justice : il est nommé par le tribunal qui peut le révoquer ; il lui rend compte de sa gestion, dont il répond envers tous les intéressés ⁽¹⁵⁾.

Mentionnons encore qu'avant la loi de 1929, en Serbie, les fonctions du syndic étaient partagées entre le *syndic* et le *défenseur*. Le premier avait l'administration réelle et le dernier la gestion juridique du patrimoine. Cette division de travail légale, obligatoire entre deux personnes appartient au passé. En effet, aujourd'hui, dans toutes les législations, il n'y a qu'une sorte d'administrateur. C'est le *syndic* en France, en Italie : le *curatore* ; en Allemagne et en Autriche, le *Konkursverwalter* et en Hongrie le *tömeggondnok*.

90. — Le syndic est nommé par le tribunal lors de la déclaration de faillite (art. 86). Ce mode de nomination est accepté par toutes les lois continentales actuelles (art. 714 du Code de com. italien, art. 78 de la K. O. allemande ; art. 80 de la K. O. autrichienne ; art. 95 de la loi hongroise). En France, toutefois, si

(15) En ce sens : HEILFRON-PICK, *op. cit.*, p. 213. V. la note 12 ci-dessus. Le caractère de fonctionnaires publics a été reconnu aux syndics par la loi italienne du 10 juillet 1930. Ainsi toutes les lois concernant le statut des fonctionnaires leur sont applicables (art. 2). Cette qualité leur a été conférée non pas seulement à titre honorifique, mais bien plus à cause des graves responsabilités des syndics. « Aujourd'hui — observa au Sénat le sénateur LONGHI — contre la malversation du syndic, pour dol ou pour faute, nous n'avons qu'une disposition légale, mesquine dans ses formes et dans ses sanctions ; mais demain entreront en champ, aussi contre eux, toutes les dispositions qui sauvegardent dans le Code pénal l'administration publique contre les méfaits de ses fonctionnaires. S'il y a distraction ou soustraction, ce sera le pécumat ; s'il y a « coercion d'autorité », ce sera la concussion ; s'il y a accord avec les profiteurs, ce sera la corruption. » NAVARRINI, *op. cit.*, p. 47.

c'est le tribunal de commerce qui nomme le syndic provisoire, l'article 462 du Code de com. français prévoit aussi que « le juge-commissaire convoquera immédiatement les créanciers présumés..., il les consultera sur la nomination de nouveaux syndics... Sur le vu de ce procès-verbal et de l'état des créanciers présumés, et sur le rapport du juge-commissaire, le tribunal nommera de nouveaux syndics, ou continuera les premiers dans leurs fonctions ». C'est une concession faite au principe de l'autonomie des créanciers ⁽¹⁶⁾.

Les créanciers mécontents n'ont-ils aucun moyen de remplacer le syndic nommé d'office par une autre personne jouissant de la confiance collective ? L'article 94 permet à l'assemblée des créanciers de proposer le remplacement du syndic ; mais le tribunal n'est aucunement lié par cette proposition, il peut ne pas procéder au remplacement ou remplacer le syndic par un autre que celui proposé par les créanciers. Car ce changement de la personne du syndic sera toujours désavantageux pour les intérêts communs des créanciers, si le candidat proposé n'a pas en plus grande mesure que le syndic initialement nommé, toutes les qualités nécessaires à l'administration. Si tous les deux possèdent au même degré les qualités exigées pour cette fonction et les mêmes connaissances techniques, le changement de personnes n'aura que des inconvénients pour la marche de la procédure, puisque le

(16) L'ancien art. 717 du Code de com. italien disposait de même. Mais, la loi de 1930 ayant supprimé la distinction de syndic *provisoire* et syndic *définitif*, la nomination du syndic, lors de la déclaration de faillite, acquiert un caractère définitif.

nouveau syndic sera obligé d'étudier à nouveau la situation, de reprendre l'examen des créances et des procès pendants, ce qui n'abrégera évidemment pas la durée de la procédure.

91. — L'article 86, al. 2, détermine les conditions de capacité nécessaires pour être nommé syndic. « Il (le syndic) doit être irréprochable. » Ce qui ne veut pas dire qu'il ne doit avoir jamais encouru de condamnation. La loi exige seulement qu'il ne soit plus sous les conséquences d'une condamnation pénale résultant des articles 46 et 47 du Code pénal, c'est-à-dire qu'il ait actuellement l'exercice de ses droits civiques. Si l'on exigeait plus du syndic, alors la loi serait plus sévère envers celui-ci qu'envers les fonctionnaires publics.

Ensuite, il faut que le syndic soit une personne de confiance, c'est-à-dire que la conduite de sa vie antérieure soit de nature à lui assurer le crédit des créanciers.

Enfin le syndic doit avoir connaissance solide des affaires commerciales.

Il y a encore deux conditions négatives. D'abord l'empêchement pour cause de parenté avec le failli, parenté dont le degré est déterminé par l'art. 34 (v. infra n° 125 n. 52). La loi yougoslave prévoit encore un autre obstacle à la nomination comme syndic, obstacle inconnu des autres législations : il ne doit pas avoir été destitué pour cause d'irrégularité. Un syndic remplacé par un autre sur la demande de l'assemblée des créanciers, ne perd pas son droit

d'être nommé syndic dans une autre faillite, mais il n'en est pas de même de la destitution, car elle suppose une faute grave commise par lui.

Aucune autre condition n'est exigée. Le syndic peut donc être une personne morale, un concurrent du débiteur. La nationalité, le sexe et la profession ne sont pas pris en considération.

Le syndic doit-il être choisi parmi les créanciers, ou bien pris dans une profession quelconque ? Nulle part et dans aucun pays la loi ne fait entrer parmi les conditions d'aptitude à la fonction de syndic la qualité de créancier du failli. Seule la loi hongroise, dans son article 95, réserve aux avocats le monopole de cette fonction ⁽¹⁷⁾. En France, près des tribunaux de commerce, des corporations professionnelles se sont constituées qui remplissent d'une manière habituelle les fonctions du syndic. C'est dans ces corporations que les tribunaux vont chercher des sortes de fonctionnaires semi-officiels, chargés de conduire les opérations de procédure. Nous ne pouvons qu'approuver cette pratique qui donne ainsi des syndics habiles et compétents.

En Italie, le Code de commerce de 1882 confiait aux Chambres de Commerce la mission de dresser une liste des personnes propres à remplir les fonctions de curateur ; la liste était renouvelée tous les trois ans (art. 715 abrogé). Mais la loi de 1930 a modifié la législation antérieure. Dorénavant, les syndics (*curatori*) doivent être choisis sur une liste spéciale qui est

(17) La loi croate avait la même disposition dans son art. 88.

renouvelée tous les cinq ans (*albo degli amministratori giudiziari*). (Art. 1^{er}) (18).

La fonction du syndic n'est pas obligatoire ; nul n'est tenu de l'accepter. Cependant les notaires et avocats ne pourront décliner cette fonction que pour des raisons graves dont le tribunal appréciera la valeur.

92. — Le syndic est un participant salarié. Il percevra sa rétribution à la fin de la procédure. Au cours de la faillite, il est interdit au syndic — selon l'art. 90 de la loi yougoslave — de se faire payer ou de retenir quelque chose au compte de son salaire. Cette interdiction ne se retrouve pas dans les autres lois. A la fin de sa gestion, le juge-commissaire, après avoir entendu le comité des créanciers, fixe les honoraires du syndic, non pas arbitrairement, mais selon le tarif (art. 137). En effet, la loi a chargé le Ministre des Finances de rendre un décret contenant le tarif minimum des syndics (19). Cependant elle autorise le juge-commissaire à s'écarter des règles du tarif lorsque la gestion du syndic a été très utile ou qu'elle exigeait un labeur exceptionnel, de sorte que les opérations de faillite

(18) Les administrateurs judiciaires sont nommés par le Ministre de la Justice, à la suite d'un concours. Peuvent être admis au rôle d'administrateurs judiciaires les avocats et ceux qui exercent une profession économique ou commerciale (*gli avvocati e procuratori, gli esercenti la professione in economia e commercio e i raggonieri, che siano di specchiata moralità e dimostrino particolare idoneità all'ufficio*).

(19) Le décret fixant le tarif a été rendu le 5 avril 1930. Les honoraires sont déterminés forfaitairement pour toute la gestion du syndic et proportionnés à l'étendue de la faillite d'une part et à la valeur de la faillite de l'autre. Seront pris en considération aussi le résultat acquis et la manière dont la faillite s'est terminée. De même en Italie un décret a été rendu, le 30 novembre 1930, fixant le tarif des syndics.

ont été terminées dans un délai relativement bref, avec peu de frais. Cette disposition incite le syndic à un travail plus assidu, pour terminer la faillite rapidement ⁽²⁰⁾. Contre l'ordonnance du juge-commissaire fixant les honoraires du syndic, l'appel est permis, mais non pas le pourvoi en cassation (art. 138, al. 1 et 2).

Enfin sont nulles les conventions conclues entre le syndic et le débiteur ou entre le syndic et les créanciers concernant le montant des honoraires (art. 138, al. 3). Au contraire, selon la loi croate, c'était cette convention qui déterminait les honoraires.

93. — Le tribunal peut nommer un syndic-adjoint lorsque le syndic est empêché. La loi pose le principe de l'unité de syndic ⁽²¹⁾. Mais, lorsque les circonstances l'exigent, le tribunal peut en nommer plusieurs qui travailleront côte à côte. Cette pluralité de syndics sera utile lorsque le débiteur s'est occupé de plusieurs sortes de commerce, ou que l'étendue des affaires l'exige (art. 92 et 93).

94. — Les pouvoirs du syndic sont déterminés par l'art. 88 de la loi yougoslave qui porte : « Dans ses relations avec les tiers, sauf les cas mentionnés aux articles 128 et 129, le syndic est autorisé, du fait de sa nomination, à passer tous les actes juridiques exigés

(20) En Autriche aussi un tel tarif est prévu, mais il n'a pas encore été fixé.

(21) Au contraire, selon l'art. 462, dernier alinéa du Code de com. français, le nombre des syndics pourra être à toute époque porté à trois.

par le but de sa fonction autant que le juge-commissaire, dans des cas particuliers, ne limite pas son pouvoir et n'en informe pas les tiers. » Les articles susmentionnés visent le cas où l'autorisation du comité des créanciers est exigée.

Le syndic reste toujours assujetti au double contrôle du juge-commissaire et du comité des créanciers, mais en revanche, il n'est pas soumis à la surveillance de l'assemblée des créanciers, contrairement à l'ancienne loi serbe ⁽²²⁾.

Ses attributions sont les suivantes (art. 87) :

1° Il doit établir le bilan, examiner l'état des biens les livres de commerce et la correspondance (art. 110).

2° Il doit ensuite rassembler les biens du failli et prendre des mesures pour en assurer la conservation, comme accepter les successions, donations et les legs (art. 4) ; il doit recouvrer les sommes dues à la faillite (art. 3), procéder à l'annulation des actes faits avant la déclaration de faillite (art. 36).

3° Il est tenu de déterminer le passif en examinant les créances inscrites ;

4° de soutenir les procès qui concernent la faillite ;

5° de protéger les intérêts communs des créanciers contre les intérêts particuliers de certains d'entre eux ;

6° et de rendre compte au juge-commissaire de toute sa gestion.

Au cours de notre étude, nous rencontrerons à leur place ces diverses fonctions. En somme, le syndic doit gérer le patrimoine avec la diligence — comme dit la

(22) MITROVIC, *op. cit.*, p. 194.

loi — « qu'il doit avoir d'après sa situation personnelle; son aptitude, sa profession et la nature des affaires ».

Il arrive souvent que le syndic avance des fonds pour intenter un procès ; à la fin de sa gestion, ils lui seront remboursés par privilège (art. 89, 45 et 46).

95. — Le syndic remplit ses fonctions indépendamment de l'assemblée des créanciers. Mais, par contre, il est contrôlé dans sa gestion par le juge-commissaire (art. 91) et le comité des créanciers (art. 97), qui peuvent, à n'importe quel moment, exiger du syndic des rapports oraux et écrits et reviser ses comptes. Le contrôle du juge-commissaire est, en réalité, plus efficace que celui du comité, tout d'abord parce que le comité n'est pas toujours constitué, et ensuite parce que le juge-commissaire peut limiter la liberté d'action du syndic, en lui interdisant de procéder à certains actes, sans avoir demandé préalablement l'avis du comité des créanciers. Si le syndic passe outre à l'interdiction, l'acte reste néanmoins valable, mais le syndic répond de tous dommages causés par sa négligence.

A la fin de sa gestion, le syndic est obligé d'en rendre un compte au juge-commissaire qui l'examine. S'il s'élève des contestations à son sujet, c'est le tribunal qui statue définitivement (art. 133, 134 et 135).

En cas de mauvaise gestion du patrimoine, le tribunal peut prononcer des sanctions contre le syndic (art. 91). D'abord il est passible d'une amende pouvant s'élever à 5.000 dinars ; une autre sanction consiste en l'adjonction d'un syndic *ad hoc* ; enfin le tri-

bunal peut destituer le syndic, après avoir entendu le juge-commissaire, et autant que possible le comité des créanciers et le syndic lui-même. La destitution du syndic le rend incapable pour toujours d'exercer cette fonction (art. 86, al. 3), ainsi que nous l'avons déjà mentionné.

Le syndic répond envers tous des dommages causés dans l'exercice de sa fonction par la méconnaissance de ses devoirs. Ainsi, s'il passe un acte sans l'autorisation du comité des créanciers, autorisation exigée par l'article 128, il est responsable envers tous ceux qui sont lésés par sa faute et aussi envers le débiteur.

Quatrième section

LE COMITÉ DES CRÉANCIERS

96. — A côté du juge-commissaire, la plupart des législations connaissent un autre organe de contrôle: les *contrôleurs* en France (art. 9, 10 et 20 de la loi du 4 mars 1889), la *delegazione dei creditori* en Italie (art. 723 à 726 du Code de com. italien), le *verovnicki odbor* en Yougoslavie (art. 95 à 99), le *Gläubigerausschuss* en Allemagne (art. 87 à 92) et en Autriche (art. 88 à 90) et le *csödvalasztmány* en Hongrie (art. 106 à 111). De tous les organes de la faillite, c'est le seul qui soit facultatif ⁽²³⁾.

(23) En sens contraire : art. 89 de l'ancienne loi croate (POLITEO, *op. cit.*, p. 94) ; art. 723 du Code de com. italien (VIDARI, *op. cit.*, VIII, n° 7724) et art. 6 de la loi italienne de 1930 : « *Dopo tale adunanza (— di chiusura del processo verbale di verificaione dei crediti —) il giudice delegato deve procedere alla nomina definitiva della delegazione...* »

L'établissement de cet organe s'explique par la considération suivante : Le syndic, du fait de sa nomination par le tribunal, est un agent indépendant des créanciers ; cependant, pour réserver aux créanciers dans l'administration de la faillite une collaboration effective avec le syndic, exigée au nom de l'autonomie des créanciers, la loi leur a conféré la faculté de nommer un organe de contrôle qui autorisera, le cas échéant, le syndic à accomplir certains actes de particulière importance.

97. — Les membres du comité sont nommés par les créanciers à la majorité absolue des créances présentes ou représentées à la première assemblée ou à un moment quelconque de la procédure ⁽²⁴⁾.

Ils sont au nombre de trois ou de cinq. Les créanciers dont les candidats sont restés en minorité et qui représentent au moins le quart des créances, ont le droit d'exiger qu'on admette encore au conseil, comme membre, une personne désignée par eux (art. 95, al. 1^{er} et 2).

Un comité provisoire peut être nommé aussi par le juge-commissaire dans le cas où le comité normal n'est pas encore nommé ou sa nomination n'est pas encore nomologuée (art. 95, al. 7).

Les créanciers peuvent révoquer un membre nommé par eux, à la majorité absolue des voix. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un membre désigné par la minorité, la loi exige une majorité de trois quarts. De même le

(24) Notons qu'en Italie, depuis la loi de 1930 (art. 6), la *delegazione dei creditori* est nommée par le juge-commissaire.

tribunal a le droit de révoquer les membres du comité des créanciers pour des raisons graves (art. 95, al. 5 et 6).

La nouvelle loi ne prescrit aucune condition de capacité pour les membres du comité. Ils peuvent être créanciers ou non ⁽²⁵⁾, personnes physiques ou morales, même parents du failli. Ils sont essentiellement des hommes de confiance des créanciers. La loi considère comme garantie suffisante pour prévenir les fraudes et abus de la part des créanciers ayant la majorité des créances : tout d'abord le droit accordé aux créanciers restés en minorité d'élire un représentant, ensuite le droit du tribunal de refuser l'homologation de la nomination (art. 95, al. 3 et 7).

Leur fonction est gratuite ; ils n'ont droit qu'à l'indemnisation de leurs débours (art. 139). Ils sont rémunérés aussi si une mission spéciale leur a été confiée (art. 98). Le corollaire de la gratuité de la fonction est qu'elle n'est pas obligatoire. Cependant un créancier ne peut décliner sa nomination que s'il a des raisons graves, dont le tribunal appréciera la valeur. Les membres ainsi nommés peuvent se faire représenter par un mandataire choisi à leurs périls et frais (art. 95, al. 4).

(25) V. au contraire art. 9 de la loi française sur la liquidation judiciaire du 4 mars 1889 : « Ils (les créanciers) sont consultés par le juge-commissaire sur l'utilité d'élire immédiatement parmi eux un ou deux contrôleurs. » De même art. 723 du Code de com. italien, modifié par la loi de 1930 : « *I creditori sorvegliano l'amministrazione del fallimento col mezzo di una delegazione di tre o di cinque tra essi nominata dal giudice delegato.* » D'après la loi serbe de 1861, le comité des créanciers devait être composé de trois créanciers élus à l'assemblée des créanciers à la majorité des créances présentes (v. MIRONOVIC, *op. cit.*, p. 200).

98. — Le comité des créanciers est convoqué par le juge-commissaire ou le syndic.

Il doit être réuni toutes les fois que la majorité des membres du comité le réclame. Les convocations seront adressées aux membres et à leurs suppléants. Les décisions du comité ne sont valables que prises à la majorité absolue de tous les membres du comité, présents ou non. Le syndic ne vote pas, mais en cas d'égalité de voix, c'est lui qui décide. Enfin, personne ne peut prendre part au vote sur une question dans laquelle il est intéressé (art. 96). Le syndic doit sans retard communiquer les décisions prises par le comité des créanciers au juge-commissaire qui a le droit d'en ajourner l'exécution jusqu'à ce que l'assemblée des créanciers ait statué sur ce point (art. 104). Le tribunal peut refuser exécution à cette décision et même la remplacer par une ordonnance émise par lui (art. 105); disposition par laquelle le législateur a entièrement soumis le comité des créanciers à la tutelle de la justice qui agit dans l'intérêt de tous les créanciers.

99. — Les législations continentales diffèrent en ce qui concerne la détermination des fonctions du comité des créanciers. Toutes lui reconnaissent un pouvoir de contrôle. Mais, tandis qu'en France ⁽²⁶⁾ et en Italie ⁽²⁷⁾ les contrôleurs n'ont que des attributions de surveillance, les autres lois les associent à l'administration active de la faillite et leur donnent un droit d'autorisation ⁽²⁸⁾.

(26) Art. 10 de la loi du 4 mars 1889.

(27) Art. 723 et 726 du Code de com.

(28) Art. 128 et 129 de la loi yougoslave ; art. 133 et 134 de la *Konkursordnung* allemande ; art. 116 et 117 de la *Konkursordnung* autrichienne ; art. 154 et suiv. de la loi hongroise.

Dans la loi yougoslave, le comité est investi d'un droit général de contrôle et, en outre, dans certains cas, d'un droit de coopération par voie d'autorisation.

Sa coopération à l'administration de la faillite par voie d'autorisation s'exerce sous deux formes :

1° La loi énumère une première catégorie d'actes qui restent valables quoique accomplis sans l'avis ou contrairement à l'avis du comité des créanciers. La sanction consiste dans la responsabilité du syndic. Le syndic demandera l'autorisation du comité des créanciers lorsqu'il s'agit de la continuation ou de la cessation de l'entreprise du débiteur, de la libre aliénation du mobilier, si cette aliénation n'est pas la conséquence de la continuation de l'entreprise, et de la réalisation des créances incertaines par la voie d'action en justice. Mais — et c'est un des traits les plus caractéristiques de la loi yougoslave : limitation de l'autonomie des créanciers et intervention de la justice — le juge-commissaire peut, dans des cas urgents, substituer son autorisation à celle du comité des créanciers. Cette catégorie fait l'objet de l'art. 127.

2° Les articles 128 et 129 déterminent une autre série d'actes que le syndic ne peut pas accomplir sans l'autorisation du comité. Ici la validité elle-même de l'acte dépend de l'autorisation donnée. Ce sont les actes les plus importants et, en cas d'urgence, ce n'est plus le juge-commissaire, mais le tribunal lui-même qui permettra au syndic de les accomplir (art. 130).

L'autorisation du comité est donc nécessaire lorsqu'il s'agit d'une valeur supérieure à 20.000 dinars (8.800 francs français) ; pour la libre aliénation des

immeubles, des bateaux, des aéronefs ou des concessions ; pour les transactions et les contrats compromissaires ; pour la vente du droit de créance ayant pour objet des prestations périodiques, du droit de rente et du droit de créances successives dont la durée n'est pas déterminée ; pour l'exécution ou la résiliation des actes du failli ; pour le refus d'une succession, d'un legs ou d'une donation entre vifs ; pour la reconnaissance des sûretés réelles, des « droits d'extraction des biens de la masse », des droits à la compensation, des dettes de la masse et pour le rachat des biens gagés (art. 128).

L'art. 129 énumère d'autres cas qui exigent l'autorisation du comité de créanciers sous la même sanction, mais ici sans égard à la valeur de l'objet. Pour ces actes, *l'autorisation du comité doit même être complétée par le consentement exprès du juge-commissaire*. Ces actes sont : l'aliénation de l'entreprise du failli, l'aliénation de sa part dans une entreprise ainsi que l'aliénation des stocks, en totalité, en partie ou en série.

Enfin, aux termes de l'art. 5, al. 2, « le syndic, autorisé par le comité des créanciers, peut accorder au débiteur et à sa famille les aliments indispensables à la charge de la masse.

Lorsque le comité des créanciers n'est pas encore formé, c'est le juge-commissaire qui remplit toutes ses fonctions, comme nous l'avons mentionné plus haut. Dans ce cas, en ce qui concerne les actes pour lesquels la loi prescrit l'approbation du comité (art. 127 et 128), le juge-commissaire peut convoquer l'as-

semblée des créanciers et exposer l'affaire devant elle. Par là, il se décharge de la responsabilité.

100. — La loi a réservé au tribunal un contrôle sur le comité des créanciers. Tout d'abord, il doit confirmer sa nomination. Ensuite, il peut révoquer un des membres pour raisons graves. Enfin, le tribunal peut suppléer l'autorisation du comité toutes les fois qu'elle est exigée par la loi.

Les membres du comité répondent envers tous les participants aux opérations de la faillite de tout dommage causé par l'accomplissement irrégulier de leurs fonctions. En cas de négligence, le juge-commissaire peut les contraindre à exécuter régulièrement leurs fonctions, en les frappant d'une amende ne dépassant pas 1.000 dinars.

Cinquième section

L'ASSEMBLÉE DES CRÉANCIERS

101. — Dans le droit yougoslave, la sphère d'activité de l'assemblée des créanciers est bien limitée. Ses principales attributions sont d'émettre une proposition de remplacement du syndic (art. 94) ; de nommer les membres du comité des créanciers si elle le juge utile (art. 95) ; de voter sur une décision prise par le comité des créanciers dont l'exécution est suspendue par le tribunal en vertu de l'art. 104. L'article 97 décide que les membres du comité des créanciers ne peuvent, ni personnellement, ni par personnes interpo-

sées, acquérir des biens appartenant à la faillite qu'avec le consentement de l'assemblée des créanciers ⁽²⁹⁾. C'est à l'assemblée des créanciers que les créances sont vérifiées (art. 116 et 117) et le concordat voté, etc. Cependant, à l'exception de la révocation des membres du comité des créanciers, ses décisions ne sont que des propositions soumises à l'homologation du tribunal.

102. — La première assemblée est convoquée par le tribunal au moment même de la publication du jugement d'ouverture et doit être réunie dans les 15 jours qui suivent sa convocation.

Les autres sont convoquées par le juge-commissaire soit de sa propre initiative, soit sur la proposition du syndic ou sur celle du comité des créanciers. Une assemblée doit enfin être convoquée lorsque la demande en est faite par au moins deux créanciers dont les créances constituent, selon l'estimation du juge-commissaire, au moins un quart de la totalité des créances inscrites. La proposition doit contenir l'ordre du jour.

La convocation doit être publiée avec l'indication de l'ordre du jour qui détermine les affaires que cette assemblée aura seules à traiter.

Les séances sont présidées par le juge-commissaire.

(29) Selon la *Konkursordnung* autrichienne (art. 89, al. 1 à 3), les membres du comité des créanciers peuvent se porter adjudicataires à la vente des biens du failli, sans aucune autorisation. Seulement, s'ils désirent acquérir ces biens par d'autres voies que la vente judiciaire, ils doivent requérir l'autorisation de l'assemblée des créanciers. Il n'en est pas de même en droit yougoslave. Aux termes de l'art. 97, al. 2, ces personnes ne peuvent acquérir des biens du failli que par la vente en justice et toujours avec l'autorisation de l'assemblée des créanciers,

Pour que les décisions soient valables, il faut qu'elles soient prises à la majorité absolue des créances présentes ⁽³⁰⁾. Ensuite, pour toutes les réunions convoquées après l'assemblée de la vérification des créances, il est exigé aussi un certain quorum : il faut la présence d'au moins deux créanciers et il faut que les créanciers présents représentent le quart des créances inscrites (art. 101). Une majorité spéciale est réservée à la réunion convoquée pour le vote du concordat (v. n^{os} 270 et suiv.).

Les créanciers admis à voter sont ceux dont les créances sont vérifiées et admises. Le juge-commissaire jusqu'à la somme de 20.000 dinars, et le tribunal au-dessus peut accorder provisoirement le droit de vote aux créanciers dont le titre est contesté, ou non encore vérifié, ou soumis à une condition, aux créanciers gagistes ou hypothécaires pour le reliquat qui ne sera vraisemblablement pas couvert par la réalisation de leur gage, ainsi qu'aux créanciers d'une société commerciale qui présentent leurs créances dans la faillite d'un associé personnellement responsable (art. 102).

La loi contient encore une disposition concernant les créances cédées en vertu d'un titre né après la déclaration de faillite. Le titulaire d'une telle créance est privé du droit de vote du chef de cette créance. La loi a voulu ainsi empêcher l'achat abusif des créances (art. 103).

(30) La majorité « en somme » est prescrite aussi en Allemagne (art. 94), en Autriche (art. 91) et en Hongrie (art. 106). Au contraire, en France (art. 530) et en Italie (BONELLI, *Del fallimento*, II, n^o 491), c'est la majorité par tête qui domine.

103. — L'assemblée des créanciers est placée sous le contrôle du tribunal, elle forme donc un organe qui a des devoirs à remplir. Le tribunal doit refuser l'exécution de celles de ses décisions qui sont contraires à la loi.

En principe, le contrôle du tribunal ne comporte que le droit d'annuler les décisions de l'assemblée, annulation qui entraîne renvoi à l'assemblée pour délibérer de nouveau sur le même sujet ; mais lorsque les circonstances l'exigent, le tribunal peut réformer la décision et la remplacer par une autre (art. 104), ce qui constitue non plus une surveillance sur l'exercice de l'autonomie des créanciers, mais une limitation apportée à l'étendue de cette autonomie.

CHAPITRE IV

Les Effets de la Faillite quant au Débiteur

104. — La faillite est une exécution collective dont le but est la satisfaction des créanciers au prorata de leurs créances. Bien que dans notre droit moderne l'exécution ne touche qu'au patrimoine du débiteur, la faillite, vu son caractère spécial, produit certains effets aussi sur la personne du débiteur. Ces effets sur la personne sont allés en s'atténuant au cours de l'évolution de l'institution de la faillite. Par contre, pour protéger les droits des créanciers, il fallait que la loi empêchât, par d'autres mesures que celles prises sur la personne, que le failli ne dissimulât une partie de son actif avant l'ouverture de la faillite et ainsi ne fraudât ses créanciers : la faillite produit aussi des effets sur certains actes accomplis antérieurement à la déclaration de faillite.

Nous diviserons donc notre chapitre en trois sections : nous examinerons d'abord quels sont les effets de la déclaration de faillite sur la personne du débiteur ; nous verrons ensuite quelle est l'étendue du dessaisissement qu'il subit et nous déterminerons enfin

le sort des actes accomplis avant l'ouverture de la faillite.

Première section

LES EFFETS DE LA FAILLITE QUANT A LA PERSONNE DU DÉBITEUR

105. — Avant d'entrer dans l'examen de cette question, regardons d'abord quelles sont les personnes qui peuvent être déclarées en faillite.

Comme nous l'avons dit plus haut, la procédure de concours n'est qu'une procédure d'exécution. La faillite peut donc être ouverte sur le patrimoine de toute personne contre laquelle une procédure d'exécution peut être admise, c'est-à-dire contre toute personne capable d'avoir un patrimoine, personne physique ou morale, mais pas contre les sociétés civiles créées selon le Code Civil. Ces dernières ne représentent pas un patrimoine autonome, elles déterminent seulement les rapports juridiques entre les sociétaires ⁽¹⁾. Quant aux personnes morales du droit public, elles peuvent être déclarées en faillite, mais avec cette particularité qu'elles ne perdent pas par là leur personnalité ; car elles doivent subsister dans l'intérêt commun.

Ce principe doit nous servir de fil conducteur dans la détermination de l'aptitude à être déclaré en faillite. Ainsi la femme mariée, contre laquelle une procédure d'exécution peut être dirigée, est susceptible d'être dé-

(1) En ce sens : ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 220.

clarée en faillite ; de même un mineur, émancipé ou non ⁽²⁾, un étranger ou une société commerciale en liquidation ⁽³⁾.

Guidé par notre principe, nous devons dire qu'en Allemagne un individu déjà failli peut faire l'objet d'une seconde faillite ; car, d'après le système de la *Konkursordnung* allemande, la faillite ne comprend que le patrimoine du failli tel qu'il existe au jour de la déclaration de faillite et non pas les biens qui lui adviennent pendant cette procédure.

Notons ici la disposition de l'art. 74 de la loi yougoslave aux termes duquel, en cas de faillite d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite, les membres personnellement responsables des dettes de la société ne seront pas obligatoirement déclarés en faillite. L'opinion contraire a été adoptée à un moment donné par la jurisprudence française, se basant sur les articles 438, al. 2, 531 et surtout sur l'art. 458 du Code de com. qui dit qu' « en cas de faillite d'une société en nom collectif, les scellés seront apposés, non seulement dans le siège principal de la société, mais encore dans le domicile séparé de chacun des associés solidaires » ⁽⁴⁾. Mais dans ces temps derniers, l'opinion conforme à celle que consacre l'art. 74 de la loi yougoslave a été soutenue en France avec beaucoup de

(2) Toutefois, pour ce dernier, la Cour de Cassation belge s'est prononcée pour la négative (17 octobre 1889, *Journal des faillites*, 1889, p. 508), mais vraisemblablement pour ce motif qu'en Belgique, pays ne connaissant que la faillite commerciale, un mineur non émancipé ne peut pas être commerçant.

(3) V. PIC, *Faillite des sociétés*, p. 32.

(4) En ce sens : LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VIII, n° 1147 ; RENOUD, *op. cit.*, II, p. 133 ; Cour de Cassation française, 21 juin 1899, S. 1900, 1, 88, D. P. 99, 1, 503.

vigueur, notamment par PIC : *Faillite des sociétés commerciales*, p. 21.

Les autres lois sont en concordance avec la loi yougoslave ⁽⁵⁾, à l'exception du Code de com. italien dont l'art. 847 s'exprime ainsi ; « La faillite d'une société en nom collectif ou en commandite produit aussi la faillite des associés responsables sans limitation... Le tribunal déclare dans la même sentence la faillite de la société et des associés... ». La même disposition se trouvait dans l'art. 148 de l'ancienne loi serbe et c'est précisément la cause pour laquelle on a inséré une disposition expresse en sens contraire dans l'art. 74 de la loi yougoslave, disposition empruntée au droit antérieurement en vigueur dans les territoires ayant été régis par les lois austro-hongroises.

106. — Déjà en droit romain à la *missio in bona* était attachée l'infamie que le débiteur ne pouvait éviter qu'en délaissant ses biens sous certaines conditions (*cessio bonorum*). Même jusqu'à l'époque moderne, les lois qui s'occupaient de la faillite réservaient une large part aux pénalités ; faillite et banqueroute ayant été des synonymes exprimant la fraude de la part du débiteur. Les mesures rigoureuses prises contre le failli vont en s'atténuant, abstraction faite des diverses procédures de liquidation, comme le concordat préventif ou la liquidation judiciaire. Mais les lois modernes ne considèrent pas toutefois l'insolvabilité comme un événement économique permis d'une acti-

(5) V. SYDOW-BUSCH, *op. cit.*, ad. § 212, note 2 ; art. 249 de la loi hongroise.

tivité imprudente du débiteur. L'existence du crédit, condition primordiale de la vie économique, est considérée comme dépendant de la conduite personnelle du débiteur et, pour cette raison, en cas de faillite, la personne aussi subit certains effets de l'insolvabilité.

I. — *Liberté personnelle et vie matérielle du débiteur*

107. — La faillite présentant un certain caractère d'intérêt commun, est constamment sous le contrôle de la justice. Dans ce mode d'exécution, le débiteur n'a pas qu'à laisser se poursuivre en dehors de lui la marche des opérations de la faillite en en subissant passivement les effets, mais au contraire il doit collaborer avec le syndic et les créanciers pour établir l'état exact de son patrimoine.

A cet effet — selon l'art. 113 de la loi yougoslave — le débiteur doit répondre à la citation de comparaître et, s'il ne comparaît pas, il peut y être contraint sur l'ordre du juge-commissaire. Il doit présenter au tribunal soit de sa propre initiative, soit sur l'intervention du juge-commissaire, l'état exact de son patrimoine ; il est obligé de prouver la véracité de ses renseignements sous la foi du serment. Le débiteur qui n'accomplit pas ses devoirs peut être emprisonné pendant un délai ne dépassant pas six mois. Rappelons encore que, d'après l'art. 83 de cette même loi, le débiteur peut être mis sous mandat d'arrêt provisoire par le tribunal de faillite et cela même avant que la faillite n'ait été déclarée. Enfin, une autre sanction est édictée par l'art. 153, al. 1^{er} : « La proposition de con-

cordat n'est pas permise tant que le débiteur se trouve en fuite, tant qu'il ne dépose pas l'état de son patrimoine, ou tant qu'il ne prête pas serment. »

En Yougoslavie, le débiteur n'est pas obligé de demander la faillite. Un débiteur non commerçant n'est pas tenu, en demandant sa mise en faillite, de déposer son bilan, mais il peut y être contraint dans la suite de la procédure. Le commerçant, au contraire, est tenu, d'après l'article 29 du Code de Commerce autrichien et l'art. 26 du Code de com. croato-magyar, d'établir son bilan à la fin de chaque année, obligation sanctionnée par l'article 345 du Code pénal ⁽⁶⁾.

Dans quelques législations, il est interdit au failli de changer de domicile. Nous trouvons une défense expresse dans la loi hongroise (art. 120), dans la loi allemande (art. 101) et dans le Code de com. italien (art. 698). Les lois française, autrichienne et yougoslave ne contiennent aucune disposition à ce sujet, mais il y résulte des principes généraux que le tribunal peut ordonner son arrestation dès qu'il le juge nécessaire, et peut donc aussi interdire au débiteur de quitter son domicile.

Les personnes morales perdent leur personnalité par l'effet de la déclaration de faillite. Néanmoins, dans les pays latins, cette personnalité subsiste aux fins de liquidation et, pendant le cours de la liquidation d'une société commerciale, les actes de la procédure

(6) L'art. 345 du Code pénal dispose : « Sera déclaré banqueroutier simple et puni d'emprisonnement et de la perte des droits civiques le failli... 2° qui a négligé son commerce et irrégulièrement tenu ses livres prescrits par la loi ; 3° qui n'a pas établi à temps le bilan annuel de son négoce. »

de faillite seront dirigés contre les membres du conseil d'administration de cette société (7).

108. — Nous traiterons bientôt des effets de la déclaration de faillite sur les biens du débiteur et nous verrons que, par le jugement déclaratif, le débiteur est privé de leur disposition. Mais il reste en possession de ceux de ses droits qui portent sur des biens qui n'entrent pas dans la faillite. Ainsi le débiteur garde l'administration de tous ceux de ses meubles et immeubles qui ne sont pas soumis à la procédure de faillite, ainsi que tous ses droits extra-patrimoniaux, la puissance paternelle et la puissance maritale. C'est lui qui donnera le consentement nécessaire au mariage de ses enfants ; c'est lui qui émancipera ses enfants mineurs ; c'est lui qui administrera les biens de sa femme, etc... Seul il a le droit de demander les aliments aux parents qui en sont tenus.

109. — Le failli, n'ayant plus la libre disposition de ses biens, comment pourra-t-il pourvoir à ses besoins matériels ? Toutes les législations accordent à l'ensemble des créanciers le droit d'allouer au débiteur un secours pris sur la faillite (8).

Selon la *Konkursordnung* allemande, et il en était de même sous le régime de la loi croate de 1897, le

(7) V. LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VIII, n°s 1165 et suiv. ; KOHLER, *Lehrbuch*, p. 315 ; cfr. art. 849 du Code de Com. italien : « ...gli atti di procedura si fanno contro gli amministratori, i direttori ed i liquidatori. »

(8) Cfr. art. 474 et 530 du Code de Com. français ; art. 752 du Code de Com. italien ; art. 5 de la loi yougoslave ; art. 5 de la loi autrichienne ; art. 129 et 132 de la *Konkursordnung* allemande et art. 5 de la loi hongroise.

déssaisissement ne concerne que les biens dont le failli est propriétaire au jour de la déclaration de faillite. Ainsi les biens qui lui adviennent après, à quelque titre que ce soit, restent à la libre disposition du débiteur.

Le principe posé par l'art. 5 de la loi yougoslave : « le débiteur n'a pas droit de se faire entretenir à la charge de la faillite », ne doit pas être pris dans un sens absolu.

En premier lieu, la loi autorise le syndic à allouer au failli, de concert avec le comité des créanciers, un secours spécial d'aliments indispensables à la subsistance du débiteur et de sa famille (art. 5, al. 2).

En second lieu, la loi yougoslave lui reconnaît certains droits.

1° Aux termes de l'art. 5, al. 1^{er}, si le débiteur en faillite acquiert des biens, soit à titre gratuit, soit par son travail, ces biens lui restent réservés, aux fins de subvenir aux charges du ménage. Ici, il ne s'agit plus d' « aliments indispensables », les frais de ménage peuvent dépasser les limites des dépenses « strictement nécessaires » et il lui est permis de mener une vie correspondante à sa situation sociale. En ce cas, il doit même fournir des aliments à tous ceux envers qui la loi impose l'obligation alimentaire ⁽⁹⁾. Déduction faite des dépenses énoncées, les biens advenus au débiteur au cours de la procédure entreront dans la

(9) Ces personnes sont, d'après le Code civil croate : l'épouse (art. 91, 117, 1264 et 1266), les descendants légitimes (art. 139), les ascendants légitimes (art. 154) et les enfants naturels (art. 167). Une obligation alimentaire peut résulter aussi d'une condamnation pénale (art. 1327 et 1329). Le Code civil serbe dispose de la même façon dans ses art. 109, 115, 127, 131 et 821.

faillite et seront répartis comme les autres biens. Disons encore que, si le syndic et le débiteur ne peuvent pas se mettre d'accord sur la somme nécessaire à la subsistance du débiteur et de sa famille, c'est au juge-commissaire d'en décider (art. 85, al. 2).

2° Un autre droit est conféré au failli par l'art. 5, al. 3 et 4. Si le débiteur habite une maison appartenant à la faillite, le syndic doit laisser à sa disposition les pièces nécessaires à l'habitation, à moins que la maison ne soit vendue. Et, même si le syndic procède à la vente de l'immeuble, il ne peut contraindre les malades et les accouchées à quitter leur habitation tant qu'ils ne sont dans l'état de le faire sans mettre en danger leur santé.

110. — La loi édicte contre le débiteur en état de faillite un certain nombre d'incapacités. Cette note infamante ne se rencontre pas dans toutes les législations. La loi anglaise, jusqu'à l'*Act of Bankruptcy* de 1869, n'attachait à la faillite aucune idée de flétrissure ⁽¹⁰⁾.

Mais la déchéance de divers droits qu'encourt le failli n'a pas partout la même ampleur, et l'atteinte portée à la capacité du débiteur varie suivant les pays. D'après les lois appartenant au groupe germanique, l'ouverture de la faillite entraîne bien une suspension de la capacité politique, mais qui cesse avec la procédure. Au contraire, dans les pays latins, l'incapacité politique survit à la fin de la procédure.

(10 V. LYON-CAEN, *La loi anglaise sur la faillite*, p. 38 ; THALLER, *Des faillites*, I, n° 76.

Dans le droit yougoslave, les déchéances sont d'ordre divers et sont indiquées dans les lois les plus différentes.

Ainsi, d'après les Codes civils en vigueur, le **contrat de mandat** est résolu de plein droit (art. 1024 du Code civil croate, art. 625 du Code civil serbe), le débiteur en faillite peut être exclu d'une société par le fait de la déclaration de faillite (art. 1210 du Code civil croate, art. 755 du Code civil serbe), la communauté des biens prend fin en cas de déclaration de faillite d'un des époux (art. 1262 du Code civil croate, art. 786 du Code civil serbe), un débiteur en état de faillite ne peut pas être nommé tuteur (art. 21, al. 6, de la loi serbe du 25 octobre 1872 sur les tutelles).

Le failli perd ses droits d'électorat et d'éligibilité aussi bien aux élections législatives qu'aux élections municipales ou cantonales.

Par la déclaration de faillite, le débiteur perd le droit d'ester en justice en ce qui concerne le patrimoine compris dans la faillite, et pendant la procédure il a un représentant légal, le syndic, qui est investi, et lui seul, de tous les droits d'action et de défense judiciaires.

Le failli est déchu de certains droits honorifiques, ainsi il ne peut pas être nommé juge honoraire (art. 73 de la loi du 13 janvier 1929 sur l'organisation des tribunaux), il perd son droit d'électeur et d'éligibilité aux chambres professionnelles (art. 7 et 11 de la loi autrichienne sur l'organisation des Chambres de Commerce ⁽¹¹⁾).

(11) V. l'énumération des lois s'y rapportant : ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 519 et s.

Diverses lois yougoslaves, enfin, édictent des incapacités d'ordre spécial à l'encontre des personnes en faillite, ainsi le failli ne peut pas être fonctionnaire (art. 4 et 133 de la loi du 31 juillet 1923 sur les fonctionnaires), juge (art. 2 de la loi du 8 janvier 1929), avocat (loi du 17 mars 1929), notaire (art. 9, al. 6 de la loi du 11 septembre 1930), membre de la Bourse (loi du 3 nov. 1886), membre du comité de direction ou d'administration d'une société par actions (art. 38 de la loi du 10 décembre 1898), etc...

Deuxième section

LES EFFETS DE LA FAILLITE SUR LE PATRIMOINE

DU DÉBITEUR. DESSAISISSEMENT

111. — La procédure de faillite a pour but la répartition proportionnelle des biens du débiteur entre les créanciers. Pour empêcher que le débiteur ne détourne une partie de son patrimoine en la dissimulant ou en favorisant certains créanciers, dès le début de la procédure, le failli est dessaisi de ses biens. Le dessaisissement signifie que le failli ne peut plus ni administrer ni aliéner ses biens ; à partir de ce moment, ses droits passent au syndic. Lorsqu'au cours de la faillite le syndic accomplit quelques opérations relatives à ses biens, il agit comme représentant du syndicat des créanciers, nommé par le tribunal pour représenter le débiteur dans l'intérêt des créanciers. Mais le débiteur garde la propriété de ses biens et si,

après le paiement des créanciers, il reste encore quelque chose, ce reliquat lui sera rendu.

En présence d'une mesure qui dépouille le failli de l'administration et de la disposition de ses biens, il est naturel qu'on se soit demandé s'il ne fallait pas le considérer comme devenu incapable, en vertu du jugement déclaratif de faillite. L'analogie pourrait même être poussée assez loin dans une comparaison avec le mineur, car le mineur ne peut davantage faire les actes d'administration et de disposition, et de même que le mineur est pourvu d'un tuteur qui administrera le patrimoine à sa place, de même il y a auprès du failli un syndic chargé de le représenter ⁽¹²⁾.

Cependant il est inexact de prétendre assimiler le failli à un incapable et en particulier au mineur. Le but de ces deux institutions n'est pas le même. La loi établit l'incapacité du mineur pour le protéger contre lui-même et contre son inexpérience. En conséquence, comme dans toutes les nullités de protection, la nullité de l'acte passé par le mineur ne peut être demandée que par le mineur ou son représentant. Il n'en est pas de même en matière de faillite, et si la loi déchoit le failli de l'administration de ses biens, ce n'est pas pour le protéger dans son intérêt personnel, c'est simplement pour la sauvegarde des intérêts des créanciers. En effet, comme nous le verrons

(12) Cfr. art. 920 du Code civil serbe : « Sont assimilés aux mineurs tous ceux qui sont incapables d'administrer leur patrimoine ou auxquels cette administration est interdite : ce sont les aliénés, les prodigues déclarés par jugement, les banqueroutiers, les débiteurs déclarés en faillite et les femmes mariées durant la vie de leur mari. »

plus loin (Infrà : N° 115), l'acte accompli par le failli ne sera pas entaché de nullité, mais il ne sera pas opposable aux créanciers. En principe, l'acte accompli reste valable.

112. — La date du dessaisissement est le jour où commencent les effets de la faillite, c'est donc le commencement du jour où le jugement déclaratif de faillite a été publié (art. 1^{er} de la loi yougoslave).

113. — La nature juridique du dessaisissement est très contestée en théorie.

La conséquence de la faillite pourrait être en premier lieu le transfert de la propriété sur la tête de la masse des créanciers. Le transfert pourrait être d'abord réel, en la forme d'une vente, qui ne pourrait avoir lieu que par le consentement unanime des créanciers, donc en la forme d'un contrat contenant la déclaration par tous les créanciers qu'ils renoncent à leurs créances et se contentent de la *datio in solutum*. Ce transfert pourrait être simplement fiduciaire, comme en droit anglais, le patrimoine du débiteur devenant la propriété formelle du *trustee* (syndic), mais à la charge de l'employer à payer les créanciers ⁽¹³⁾.

Suivant l'opinion généralement acceptée en France, le dessaisissement se ramènerait à l'idée que tous les actes du failli, accomplis après le jugement déclaratif, sont présumés légalement et irréfragablement faits en fraude des droits de la masse ⁽¹⁴⁾.

(13) V. THALLER, *Des faillites*, I, n° 87.

(14) V. THALLER, *Cours de Droit commercial*, n° 1703 ; Cour de Cassation française, 26 janvier 1863, D. P. 63, 1, 47 ; Cour de Cassation française, 16 novembre 1892, D. P. 93, 1, 68.

D'après certains auteurs ⁽¹⁵⁾, la masse acquiert dès la déclaration de faillite un droit réel sur le patrimoine du débiteur. On pourrait objecter qu'aucun droit positif ne parle d'un droit réel spécial en cas de faillite. Pourtant il serait difficile de nier l'existence d'un droit réel au profit de la masse. Déjà les Romains disaient que l'envoi en possession sur les biens du débiteur insolvable était considéré comme équivalent à une prise de gage, *pignus praetorium* ⁽¹⁶⁾. Aussi le patrimoine du failli est-il réservé à certains créanciers, notamment à ceux qui l'étaient déjà au jour de l'ouverture de la faillite, et non pas à ceux qui le sont devenus après sa déclaration.

Dans le droit yougoslave, la conception d'un droit réel du syndicat des créanciers s'impose aussi. Pour défendre notre thèse, nous citons l'article 5, al. 2, aux termes duquel « le syndic peut, avec le consentement du comité des créanciers, prélever sur la masse faillie les aliments indispensables au débiteur et à sa famille », ce qui signifie que la masse de la faillite, considérée comme gage commun des créanciers, ne peut être diminuée que par le consentement des créanciers, c'est-à-dire de leur représentant, le comité. C'est le principe adopté en matière de gage où le gage ne peut être diminué sans le consentement du créancier gagiste. Nous adoptons cette conception sans toutefois approuver les conséquences que les Allemands en ont

(15) V. PERCEROU, *Des faillites*, n^{os} 95 et s. ; LYON-CAEN et RE-NAULT, *op. cit.*, VII, n^o 209 ; KOHLER, *op. cit.*, § 22, *Stellung der Gläubiger zum Konkursvermögen* ; MITROVIC, *op. cit.*, p. 45 et s. ; PODGRADSKY, *op. cit.*, p. 9.

(16) V. GIRARD, *Manuel du Droit romain*, p. 1064, note 1.

tirées, et plus particulièrement la délimitation des biens soumis au dessaisissement ⁽¹⁷⁾.

114. — L'expression « la masse faillie » est employée en plusieurs sens, aussi bien par la loi que par la doctrine. En une première acception — sens juridique du mot — elle s'applique au patrimoine du débiteur. Elle désigne donc les biens susceptibles d'être saisis et qui appartiennent en propriété au débiteur. Dans une seconde acception — sens matériel — elle comprend tous les biens qui sont en la possession du débiteur sans qu'il y ait à rechercher s'ils sont ou non la propriété d'une autre personne. Les auteurs allemands appellent la masse prise dans son sens juridique (*la masse telle qu'elle devrait exister*), *Soll-Masse*, la masse prise dans la seconde acception *Ist-Masse* (*la masse qui existe au fait*). Le dessaisissement s'applique aux deux masses, à tous les biens, qu'ils soient ou non la propriété du failli ⁽¹⁸⁾, qu'ils soient ou non en la possession du failli ⁽¹⁹⁾. Ainsi le dessaisissement a un effet absolu en ce sens qu'il s'applique à tous les biens appartenant au débiteur ou possédés par lui.

Regardons maintenant quelle est la composition de la masse prise dans son sens juridique.

Aux termes de l'art. 2, al. 1^{er} de la loi yougoslave,

(17) V. *infra*, n° 115.

(18) Ainsi, aux termes de l'art. 6, al. 2 : « les procès intentés en vue d'obtenir l'extraction des biens qui n'appartiennent pas à la masse de la faillite, ne peuvent être commencés ni continués *que contre le syndic* ».

(19) Des deux premiers alinéas de l'art. 7 il résulte que *toute action du débiteur* interrompue par la déclaration de faillite, ne peut être reprise *que par le syndic, le coplaideur du débiteur ou par l'adversaire*.

la masse de la faillite se compose de la totalité du patrimoine que le débiteur possède au jour de la déclaration de faillite ou qu'il acquerra pendant les opérations de la faillite, exception faite des biens soustraits à l'exécution.

1° Il faut qu'il s'agisse « du patrimoine » ; échappent ainsi au dessaisissement les droits extrapatrimoniaux tels que : le nom, les droits exclusivement personnels comme le droit d'auteur tant que l'œuvre qui en forme l'objet n'est pas publiée, le droit d'usage et d'habitation ; les droits de famille ;

2° Il faut que les droits patrimoniaux « appartiennent au débiteur ». Par conséquent, le propriétaire d'une chose qui se trouve en la possession du débiteur peut la revendiquer, et à l'inverse, tombent dans la faillite les biens du débiteur qui ne sont pas en sa possession.

En ce qui concerne la dot, il faut distinguer. Si elle est encore due au moment de la déclaration de faillite du mari, alors ni le débiteur, ni ses créanciers n'ont le droit d'en demander la délivrance ; car la femme en garde pendant le mariage aussi bien la propriété que l'usufruit. Si la dot est déjà payée, deux hypothèses peuvent alors être envisagées : consiste-t-elle en choses consommables, elle devient alors la propriété du mari et tombe ainsi dans la masse de la faillite ; la femme n'aura qu'un droit de créance et ne sera payée qu'en monnaie de faillite ; la dot se compose-t-elle d'immeubles ou de corps certains, la femme se présentera alors à titre de propriétaire et aura droit à extraire ses biens de la faillite.

Lorsque le failli est commun en biens, tout le patrimoine commun répond de ses dettes personnelles et tombe ainsi dans la faillite.

Les droits du débiteur en cas de mise en commun d'une partie de ses biens sont les suivants :

Lorsque le débiteur est copropriétaire, sa quote-part tombe dans la faillite. Le syndic peut demander le partage, et il peut s'y opposer en se fondant sur les clauses du contrat. Mais l'engagement pris par le débiteur de ne pas demander le partage pendant un certain temps ne lie point le syndic, et si ce dernier le demande, les copropriétaires n'ont de ce chef qu'une action en dommages-intérêts, action traitée comme créance ordinaire.

La part apportée par le débiteur failli dans une société est destinée au paiement des créanciers de la société et ses créanciers personnels n'ont droit qu'à cette partie de la part qui reste au débiteur après le paiement des dettes sociales.

Au cas d'une succession échue au failli après l'ouverture de la faillite, les créanciers héréditaires ont de droit, et sans le demander, le *beneficium separationis* (art. 108).

3° La troisième condition est que ces biens appartiennent au débiteur au jour de la déclaration de faillite ou qu'ils lui adviennent avant la clôture de la procédure.

Un des principes fondamentaux de la faillite est le principe de l'universalité, qui signifie que tout le patrimoine du débiteur doit servir au paiement des créanciers chirographaires. Pourtant ce principe com-

porte plusieurs exceptions. D'abord ne sont pas soumis à la procédure de faillite les biens insaisissables. Une deuxième exception résulte du principe de la territorialité, *lex rei sitae*, d'après lequel les immeubles situés à l'étranger ne sont pas touchés par la déclaration de faillite. Pour les meubles, au contraire, reste valable le principe : *mobilia ossibus inhaerent* et la faillite déclarée dans un pays s'étend à tous les meubles du failli en quelque lieu qu'ils se trouvent.

L'art. 66, al. 2 de la loi yougoslave, organise à cette fin la procédure suivante : « En cas de faillite déclarée par un tribunal national, ce tribunal demandera à l'autorité étrangère compétente de lui remettre ces biens mobiliers. Lorsque la faillite a été déclarée à l'étranger, alors les biens mobiliers du débiteur se trouvant sur notre territoire seront remis, sur demande, à l'autorité compétente pour cette faillite, à moins que le même débiteur ne soit déclaré en faillite sur notre territoire. Mais les meubles en question ne seront délivrés qu'après le paiement des créanciers ayant acquis des droits réels avant que le tribunal national ait reçu la demande de l'autorité étrangère. »

Tombent aussi dans la faillite tous les biens meubles ou immeubles, présents ou acquis par le failli au cours de la procédure de faillite ⁽²⁰⁾.

En Allemagne, au contraire, les biens soumis à la

(20) Cfr. l'arrêt de la Cour Suprême autrichienne du 3 février 1926, cité par ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 15, n° 14 : « Si le débiteur conclut un contrat au cours de la procédure de faillite, s'il intente une action en dommages-intérêts pour l'inexécution du contrat, la créance tombe aussi dans la masse de la faillite à titre de « bien acquis au cours de la procédure ».

procédure de concours ne sont que ceux qui appartiennent au débiteur au moment de la déclaration de faillite (art. 1^{er}, al 1^{er}). La même disposition se trouvait dans l'art. 2 de la loi croate. Mais la nouvelle loi yougoslave a suivi une autre voie et englobe dans la procédure tous les biens acquis jusqu'à la clôture de la faillite. Les législateurs allemand et croate considèrent que le meilleur moyen d'encourager le débiteur au travail est de lui en laisser les fruits. Par là le failli peut s'élever à une meilleure situation économique, ce qui est dans l'intérêt général. Le point de vue de la nouvelle loi yougoslave se justifie au contraire par l'idée qu'il serait immoral de laisser le débiteur mener une vie de luxe tandis que ses créanciers, souvent pauvres, s'efforcent d'obtenir de sa faillite une quote-part de leurs créances souvent minime ⁽²¹⁾.

Les biens hypothéqués ne tombent pas dans la faillite ; car ils sont destinés à garantir une créance qui ne vient pas en concours. Si, au contraire, après le paiement des créanciers hypothécaires, il reste un excédent, cette somme entrera dans la masse de la faillite.

4° Il faut enfin que les biens soient saisissables. Sont donc exceptés de la masse les biens de première nécessité, soit pour vivre, soit pour exercer son métier : le salaire, traitement, pension, jusqu'à une certaine somme. De même le secours alloué au débiteur par les créanciers acquiert un caractère qui ressemble à l'insaisissabilité.

(21) Des dispositions analogues sont contenues dans les lois autrichienne (art. 1^{er}), hongroise (art. 1^{er}), française (art. 443) et italienne (art. 699).

Tous les autres biens sont compris dans la masse de la faillite, ainsi les lots de loterie, les dépôts à la Caisse d'épargne postale (art.2).

115. — Le dessaisissement a pour effet l'inopposabilité à la masse de la faillite de tous les actes du débiteur relatifs à son patrimoine (art. 3 de la loi yougoslave). La sanction du dessaisissement n'est pas la nullité, bien que le texte de certaines lois tendrait à le faire croire. C'est ainsi notamment que l'art. 446 du Code de com. français dit : « *sont nuls et sans effet, relativement à la masse* », et l'art. 6 de la loi hongroise : « *sont nuls à l'égard des créanciers* ». Le Code de com. italien semble encore plus formel, car il porte dans son art. 707 : « tous les actes et opérations du failli sont *nuls de plein droit* ». Mais contre la thèse qui déduit de là l'admission de la nullité comme sanction, on peut invoquer l'argument que le débiteur ne perd pas sa capacité juridique ; il garde la propriété de tous ses biens ; il peut même disposer de ceux qui ne tombent pas dans la faillite ; ensuite le débiteur est capable de conclure un acte quelconque concernant même ses biens compris dans les opérations de la faillite. La seule sanction du dessaisissement est donc que l'exécution des engagements du débiteur n'est pas opposable aux créanciers qui prennent part dans la faillite. Le débiteur peut par exemple acheter des marchandises pendant la procédure de faillite, mais il ne peut pas éviter que les marchandises achetées ne tombent sous le coup du dessaisissement ; et de son côté, le créancier ne peut, pour le prix, ni concourir, ni

procéder à une exécution. Le contrat reste valable et, après la clôture de la faillite, le débiteur ne peut en aucune manière invoquer une incapacité quelconque qui résulterait de la faillite. La masse est obligée de rendre à l'autre contractant l'objet donné en vertu d'une obligation née d'un contrat inopposable à la masse, mais seulement autant que la masse s'en est enrichie (art. 3, al. 1^{er}). Enfin si le débiteur avait conclu le jour-même de sa déclaration en faillite une affaire avantageuse pour la masse, le syndic peut ratifier au nom de la masse l'engagement pris par le failli, exécuter le contrat et en exiger la contre-exécution. C'est ce qui prouve qu'ici il ne s'agit pas de nullité ⁽²²⁾.

Le dessaisissement a un caractère absolu. Le débiteur ne peut rien faire qui ait la puissance de rendre son acte opposable aux créanciers. Ainsi il ne peut, en principe, accepter valablement aucun paiement ; le paiement fait entre les mains du débiteur ne libère pas le créancier. Mais la loi apporte à ce principe un double tempérament : le paiement reste valable si la somme payée entre dans la masse ; car la masse a reçu ce que l'on lui devait ; il le reste encore, si le débiteur prouve qu'au moment du paiement il n'avait ni ne devait avoir connaissance ⁽²³⁾ de l'ouverture de la fail-

(22) En ce sens : ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 18.

(23) L'expression qu'une personne « n'avait ni ne devait avoir connaissance », que la loi yougoslave emploie à plusieurs reprises, signifie que le tiers doit fournir la preuve qu'il ne pouvait pas connaître les faits donnant lieu à l'ouverture de la faillite (comme la cessation de paiements ou la demande en faillite), et que son ignorance n'est pas due à l'omission de la prudence nécessaire.

lite. Cette deuxième exception est admise en faveur du tiers de bonne foi qui a payé à celui qui était en possession de la créance. Ces deux exceptions contenues dans l'art. 3 de la loi yougoslave se retrouvent aussi dans les lois autrichienne (art. 3), allemande (art. 8), et hongroise (art. 7). Toutefois les lois allemande et hongroise présument que le tiers est de bonne foi jusqu'à la première publication de la déclaration de faillite. C'est donc au syndic qu'incombe la charge de prouver la mauvaise foi du tiers contractant. L'ancienne loi croate contenait aussi une présomption pareille ; mais elle est désormais supprimée et la preuve de la bonne foi est toujours à la charge du tiers.

Le débiteur, étant privé de sa pleine capacité par la déclaration de faillite, reçoit un représentant légal en la personne du syndic (art. 88). Ce dernier peut conclure tous les actes que pouvait faire le débiteur, et ces actes seront opposables aux créanciers. Il peut donc aliéner les biens, poursuivre les débiteurs du failli, céder les créances appartenant à la faillite, recevoir des capitaux, etc... Il peut même accepter une succession sous bénéfice d'inventaire, au lieu et place du débiteur (art. 4). Si le syndic n'accepte pas une succession échue au débiteur ⁽²⁴⁾ ou une donation ou refuse un legs, son acte n'aura d'effet qu'à l'égard de la masse ; les biens compris dans le legs, la donation ou la succession, entreront dans le patrimoine du failli, qui, s'il accepte, aura sur eux le droit d'administration

(24) Pour renoncer à une succession d'une valeur supérieure à 20.000 dinars, le syndic a besoin du consentement du comité des créanciers (art. 128, 5°).

et de disposition ainsi que sur tous ses biens restant en dehors de la masse ⁽²⁵⁾.

C'est aussi le syndic qui représente le débiteur dans les actes de procédure judiciaire : à partir du jugement déclaratif de faillite, toute action mobilière ou immobilière, concernant les biens dont le failli est dessaisi, ne peut être intentée que par ou poursuivie que contre le syndic (art. 6).

Les actions en justice relatives aux biens laissés au débiteur continuent à être intentées par et contre ce dernier.

116. — Il arrive souvent qu'au moment de l'entrée en fonction du syndic, des procès sont en cours devant le tribunal. Le syndic ne connaît pas encore la situation, il faut lui donner le temps d'étudier ces procès. Pour cette raison, tous les procès concernant les biens soumis au dessaisissement, qui ont été intentés avant la déclaration de faillite et qui n'ont pas encore reçu une solution, seront interrompus *ipso jure* par le seul fait de l'ouverture de la faillite, sans prendre en considération si le tribunal a acquis ou non connaissance de la faillite (art. 7 de la loi yougoslave).

Le procès ne sera interrompu qu'à l'égard du failli, mais non pas à l'égard de ceux qui mènent avec lui le procès. Ses co-plaideurs pourront continuer le procès et obtenir le jugement. Seulement en cas d'unité de

(25) Aux termes des art. 800, 801 et 802 du Code civil croate, l'acceptation d'une succession ou d'une donation exige une déclaration expresse dans ce sens. Au contraire, le legs échoit par l'effet de la loi sans aucune acceptation, mais le légataire peut le refuser. C'est pourquoi nous avons dit : « Si le syndic n'accepte pas une succession ou une donation ou refuse un legs ».

cause, c'est-à-dire lorsqu'une solution unique s'impose à toutes les parties, l'interruption opère vis-à-vis de tous. Un tel cas se présente, par exemple, lorsque plusieurs copropriétaires d'un fonds dominant intentent une action confessoire de servitude à la charge d'un fonds servant ; il n'est dans notre exemple pas possible juridiquement de juger que quelques-uns des copropriétaires ont droit à la servitude et que d'autres n'y ont pas droit ⁽²⁶⁾. Dans tous les autres cas, les coplaideurs conservent le droit de continuer l'action intentée.

117. — Les effets de l'interruption sont déterminés dans l'art. 227, al. 1^{er}, du Code de procédure civile yougoslave :

1° Par le fait de l'interruption de la procédure, cessent de courir tous les délais légaux, judiciaires et procéduraux, de telle sorte qu'ils recommencent à courir de nouveau après la reprise de la procédure.

2° Pendant l'interruption il ne peut y avoir lieu à la signification et aux convocations, et celles qui ont été déjà faites, perdent leur valeur.

3° Pendant la durée de l'interruption, aucune partie ne peut exécuter aucun acte.

L'interruption ne cesse que par une déclaration de la personne qui a le droit de reprendre le procès. Sans une déclaration expresse des personnes autorisées,

(26) Cfr. l'arrêt de la Cour Suprême autrichienne du 14 décembre 1926, rapporté par ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 35 : « Lorsque la caution est assignée en même temps que le débiteur principal et si ce dernier est déclaré en faillite, le procès doit être interrompu aussi à l'égard de la caution. »

l'interruption ne cesse même pas après la clôture de la faillite.

118. — Le procès peut être repris soit par le syndic, soit par le co-plaideur du débiteur, soit enfin par l'adversaire.

Le procès repris n'est pas un nouveau procès ; les actes judiciaires et juridiques accomplis avant l'interruption de la procédure restent valables. Pourtant la faillite influe sur le procès en ce sens que, le débiteur étant dorénavant dessaisi de ses biens, les actes doivent être faits par ou contre le syndic.

Lorsque le syndic considère le procès comme peu avantageux, il peut ne pas le reprendre. Il peut déclarer devant le tribunal qu'il se désiste ; mais le désistement peut résulter aussi de son silence s'il s'abstient de se prononcer au sujet du procès dans le délai à lui déterminé par le tribunal.

Le C. de com. français ne contenant aucune disposition sur les procès intentés avant le jugement déclaratif de faillite, la Cour de Cassation décide que, la faillite ne produisant en principe d'effet que pour l'avenir, le tiers a une sorte de droit acquis et peut continuer la procédure nonobstant le dessaisissement. Seulement l'action doit être suivie contre le syndic ⁽²⁷⁾.

Les règles consacrées par les art. 6 à 8 de la loi yougoslave se retrouvent aussi dans les autres lois. Cfr., art. 699 du Code de com. italien ; art. 10 et 11 de la *Konkursordnung* allemande ; art. 6 à 8 de la loi autrichienne, et art. 8 à 10 de la loi hongroise.

(27) V. LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VIII, n^{os} 219 et s.

Troisième Section

LES EFFETS DE LA FAILLITE DANS LE PASSÉ

LE DROIT D'ATTAQUER EN NULLITÉ CERTAINS ACTES ACCOMPLIS AVANT LA DÉCLARATION DE FAILLITE

119. — Par l'effet du dessaisissement, le failli ne peut plus disposer de ses biens. Mais pour donner une protection efficace aux créanciers, il ne suffit pas de maintenir le patrimoine du débiteur tel qu'il était au moment de la déclaration de faillite; car il arrive souvent qu'un débiteur aux abois accomplit des actes juridiques anormaux pour sauver une partie de son patrimoine. Or, l'action Paulienne ne constitue qu'une ressource insuffisante pour protéger les créanciers contre la mauvaise foi du débiteur : elle exige du demandeur qu'il prouve la complicité du tiers contractant, ce qui n'est — dans la majorité des cas — qu'une *probatio diabolica*. Le législateur devait organiser une procédure spéciale pour faire tomber les actes accomplis en fraude des droits des créanciers.

L'origine de cette institution remonte au droit romain. Quand, vers la fin de la République, le système des XII Tables a été remplacé par l'exécution sur les biens, le danger s'est présenté que le débiteur, resté maître de son patrimoine jusqu'à l'envoi en possession, ne profite de cette maîtrise pour soustraire à ses créanciers une partie de leur gage commun. Pour éviter que le débiteur ne fraude ses créanciers, le prêteur est intervenu par la création de l'*action Paulienne* dont les conditions étaient les suivantes : il fallait un

acte d'appauvrissement fait par un débiteur qui devait être *consciis fraudis*, c'est-à-dire qu'il fallait qu'il eût volontairement créé ou augmenté son insolvabilité, ce qui implique deux éléments : un élément matériel, l'*eventus damni*, et un élément intentionnel, le *consilium fraudis* ; il fallait encore que le tiers bénéficiaire de l'acte fût aussi *consciis fraudis*, condition non exigée pour les actes à titre gratuit. A l'origine, l'action Paulienne a été une action individuelle accordée à chacun des créanciers qui avaient déjà cette qualité au moment de la passation de l'acte. Mais bientôt elle est devenue une protection collective accordée à la masse des créanciers représentée par le *curator bonorum*, protection dont ont bénéficié tous les créanciers, même postérieurs à l'acte attaqué (28).

Au cours de l'évolution ultérieure de l'institution de la faillite, l'action Paulienne s'est présentée sous deux formes différentes : tantôt la loi a fixé un délai avant la déclaration de faillite, dans lequel tous les actes passés par le débiteur étaient annulables ; tantôt on a laissé au juge compétence pour apprécier la validité des actes passés.

Les jurisconsultes italiens, qui donnèrent les premiers à cette partie de l'institution son aspect original (29), avaient suivi le premier système : établissement d'une durée préfixe de suspicion. Cette idée fut reprise en France dans un règlement de la place des

(28) V. GIRARD, *Droit romain*, p. 432 et s.

(29) Ils assimilaient au failli le commerçant près de faillir : *inter decoctum et esse proximum decoctioni in jure nulla adest differentia*, disait CASAREGIS, *discursus legales*, 75, n° 2. V. KOHLER, *op. cit.*, p. 197 ; PERCEROU, *op. cit.*, n° 562, note.

changes de Lyon, du 2 juin 1667. D'après l'art. 13 de ce règlement : « *toutes cessions et transports sur les effets du failli seront nuls s'ils ne sont pas faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue* » ⁽³⁰⁾. L'Ordonnance de 1673, au lieu de suivre la ligne d'évolution ainsi tracée, s'était contentée d'appliquer à la faillite le principe général de l'action Paulienne. Mais l'idée a été reprise par les rédacteurs du Code de 1807.

En Espagne, la faillite romaine restait maintenue. Le droit espagnol médiéval ignorait le report de la faillite à une date antérieure à sa déclaration. Les paiements faits par le failli avant qu'il fit cession de biens, ne pouvaient pas être révoqués. Le créancier n'avait que l'action paulienne pour rendre inopposables les transactions frauduleuses du débiteur. Les lois allemandes, s'étant développées sous l'influence des théories espagnoles, ne renfermaient aucune réglementation spéciale de la période suspecte, à part les statuts de quelques villes hanséatiques, comme Brême ou Lübeck ⁽³¹⁾.

Ces deux courants opposés se partagent à l'heure actuelle toutes les législations continentales.

Dans le système français, inauguré par le législateur de 1838 et suivi dans la plupart des pays latins, il existe une période spéciale dénommée *période suspecte*, qui s'étend de la date de la cessation des paiements (date fixée par le juge) jusqu'au jour de la déclaration de faillite : les actes faits par le débiteur

(30) Rapporté par RENOARD, *op. cit.*, I, p. 62.

(31) V. KOHLER, *op. cit.*, p. 200.

à cette époque sont frappés d'une nullité de droit ou d'une nullité facultative, suivant les cas.

La grande souplesse de la *période suspecte* latine contraste avec la rigidité des lois appartenant au groupe germanique. Dans les pays formant ce dernier groupe, la loi fixe *a priori* un délai invariable, le même pour toutes les faillites, dans lequel un acte doit avoir été fait avant le jugement déclaratif pour être atteint de nullité.

Après avoir exposé les origines de l'institution de la période suspecte et avant d'entrer dans l'examen des détails de sa réglementation, remarquons que le but même de cette institution est différent du but de l'action paulienne. « Si l'on veut — écrit un des maîtres de la science juridique française — saisir le véritable motif pour lequel la loi a cru devoir organiser par devant la faillite une période suspecte, et donner en quelque sorte plus de mobilité aux ressorts habituels de l'action paulienne, il faut tourner ses regards dans une autre direction. Pour qu'un tribunal puisse conclure de la connaissance d'affaires embarrassées à la volonté de nuire, et prononcer la nullité de l'opération d'après le droit civil, il faut du moins que l'agissement ait sa raison d'être dans un désir de détourner le gage et de causer un tort à la masse des créanciers. Or, toutes les conventions mal ordonnées et mal venues du débiteur, faites à la veille de catastrophe, n'ont pas, à beaucoup près, ce caractère : ce sont des actes inconsidérés, provenant d'un homme qui a perdu la tête, mais non pas toujours des actes frauduleux. Contre le tiers qui s'est mis en rapport

avec lui, on ne dirige pas précisément une imputation de malhonnêteté ; on le blâme plutôt soit d'avoir mis son intérêt personnel au-dessus de celui de la collectivité, soit d'avoir prêté son concours à une opération imprudente, manquant de sang-froid » ⁽³²⁾.

120. — D'après l'art. 442 du Code de commerce français de 1807 : « le failli, à compter du jour de la faillite, est dessaisi, de plein droit, de l'administration de tous ses biens ». Cette formule, en raison de la diversité des sens dans lesquels les mots « à compter du jour de la faillite » pouvaient y être entendus, donnait lieu à des difficultés. On se demandait quel était le moment précis du dessaisissement. Si l'on admettait comme point de départ du dessaisissement la date de la cessation des paiements, il en résultait que tous les actes passés par le failli depuis la date de la cessation des paiements étaient nécessairement annulés. La Cour de Cassation avait opté en faveur d'une autre solution et admis que le dessaisissement ne se produisait qu'à partir du jugement déclaratif de faillite. Ce système a cependant donné lieu à un plus grand inconvénient que le précédent, c'est que les créanciers, pour faire tomber les actes du débiteur faits avant la déclaration de faillite, n'avaient d'autre ressource que l'action Paulienne.

Aussi le législateur de 1838, en adoptant l'interprétation de la Cour de Cassation ⁽³³⁾, s'est trouvé

(32) THALLER, *Des faillites*, I, n° 107.

(33) L'art. 443 du Code de Com. (rédaction de 1838) est ainsi conçu : « Le jugement déclaratif de la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens... »

dans la nécessité d'organiser une *période suspecte* ; c'est ce nom que porte l'époque qui se place entre la date de la cessation des paiements et le jour de la déclaration de faillite. Les juges disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation pour faire remonter aussi loin qu'il le veulent dans le passé la date de la cessation de paiements.

Le système du droit français peut se formuler dans les quatre règles suivantes :

1° Certains actes, limitativement énumérés, sont nuls de droit, par cela seul qu'ils se placent entre la suspension des paiements et le jugement déclaratif, ou même dans les dix jours qui précèdent cette époque. Ces actes sont, aux termes de l'article 446 : les actes à titre gratuit, le paiement d'une dette non échue, le paiement d'une dette échue mais fait autrement qu'en espèces ou effets de commerce, ou avec autre chose que ce qui était dû, enfin l'hypothèque conventionnelle ou judiciaire constituée sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées.

2° Peuvent être annulées par une décision de justice toutes les inscriptions d'hypothèques prises entre la date de la cessation des paiements et celle du jugement qui ouvre la faillite ou même dans les dix jours précédents s'il s'est écoulé plus de 15 jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription (art. 448).

La jurisprudence a généralisé cet article à tous les actes où une personne a obtenu du failli certains droits dont l'existence à l'égard des tiers n'est assurée qu'au moyen de certains modes de publicité.

3° Toutes autres opérations peuvent être annulées quand elles ont été faites dans l'intervalle de la cessation de paiements au jugement déclaratif, avec connaissance, par le tiers contractant, de l'état de cessation de paiements du débiteur (art. 447).

4° Enfin les actes qui se placent avant la période suspecte ; ils sont soumis à l'action Paulienne de l'art. 1167 du Code civil. L'action Paulienne subsiste donc au profit du syndic (Cass., 4 mai 1910, S. 1912. 1. 501) et à titre individuel au profit du créancier qui veut l'exercer lorsque le syndic n'a pas agi au nom de la masse (Cass., 29 juillet 1908, D. P. 1910. 1. 409, note de M. PERCEROU, et S. 1909. 1. 345, note de M. LYON-CAEN) ⁽³⁴⁾.

121. — La théorie française de la *période suspecte* a été adoptée par la plupart des pays latins. Le Code de commerce italien prévoit aussi la nullité des actes accomplis par le débiteur après la cessation de ses paiements (art. 707 à 711). Selon ce Code, il convient de distinguer trois catégories d'actes :

1° Tous les actes faits en fraude des créanciers doivent être annulés, selon les dispositions de l'art. 1235 du C. civil ⁽³⁵⁾ (art. 708).

(34) La *Konkursordnung* prussienne de 1855 conférait, en cas d'inaction du syndic, le droit à chaque créancier partie à la faillite (*Konkursgläubiger*) d'intenter l'action en nullité, mais seulement dans l'intérêt de la masse (art. 112). V. KOHLER, *op. cit.*, p. 211, note.

(35) L'art. 1235 du Code civil italien, qui vise l'action Paulienne, dispose en ces termes : « Les créanciers peuvent attaquer en leur nom les actes que le débiteur a faits en fraude de leurs droits. S'il s'agit d'actes à titre onéreux, la fraude doit émaner des deux contractants. Pour les actes à titre gratuit, il suffit que la fraude émane du débiteur. En tous cas, cependant, la

2° Sont réputés frauduleux et tombent les actes de toute nature (paiements, aliénations) faits dans les dix jours antérieurs à la déclaration de faillite (art. 709 in fine).

3° Un troisième groupe comprend les actes conclus entre la date de la cessation des paiements et celle du jugement déclaratif. Mais ici, des subdivisions s'imposent. Sont nuls dans tous les cas, les actes à titre gratuit et les paiements des dettes non échues (art. 707, al. 2 et 3). Sont nuls, à moins que l'absence de fraude ne soit démontrée, les paiements et actes à titre onéreux, s'il est justifié que le tiers avait connaissance de l'état de cessation de paiements (art. 709, 1°), de même que les actes et les contrats commutatifs dans lesquels les valeurs données par le failli ou les obligations assumées par lui surpassent ce qui lui a été donné ou promis (art. 709, 2°). Sont encore nuls — sous réserve de la possibilité de renverser la présomption de fraude qui fonde cette nullité — mais même à l'encontre d'un tiers de bonne foi, les paiements faits autrement qu'en argent ou en effets de commerce, les gages, antichrèses et hypothèques (art. 709, 3° et 4°) ⁽³⁶⁾.

122. — Le législateur allemand a suivi un autre

révocation de l'acte ne produit pas d'effet au préjudice des tiers n'ayant pas participé à la fraude, qui ont acquis des droits sur les immeubles avant la transcription de la demande en révocation. »

(36) La présomption de fraude n'a plus lieu lorsque le gage ou l'hypothèque a été constitué au moment de la passation du contrat (art. 9, al. 2 de la loi de 1930). V. NAVARRINI, *op. cit.*, p. 21 et s. ; CRESPOLANI, *Il codice del fallimento, del concordato preventivo, dei piccoli fallimenti*, ad. § 9.

chemin. Au lieu d'organiser une période suspecte, dont l'étendue, déterminée par le juge, varie suivant l'espèce, il énumère plusieurs catégories d'actes qui peuvent être annulés s'ils ont été faits dans le délai prévu par la loi. Il ne s'agit pas d'une nullité de droit, mais d'une nullité facultative pour les créanciers ⁽³⁷⁾.

En raison de la similitude des lois rentrant dans le groupe germanique, nous les traiterons ensemble, sauf à indiquer, à leur place, les différences de détails.

Les articles qui prévoient l'annulabilité des actes accomplis avant la déclaration de faillite sont les suivants : art. 29 à 42 de la *Konkursordnung* allemande ; art. 27 à 42 de la loi yougoslave ; art. 27 à 43 de la loi autrichienne ; art 26 à 37 de la loi hongroise.

La loi serbe sur la faillite de 1861 ne contenait pas de dispositions sur les actes du débiteur faits avant la déclaration de faillite ; elle se contentait, pour suppléer à leur absence, des règles pénales de la banqueroute. Peu après, l'art. 25 de cette loi a reçu un nouvel alinéa déclarant l'action Paulienne (art. 303a du C. civil serbe), applicable au cas où un débiteur aliène ses biens avant l'ouverture de la faillite.

En Croatie, la loi sur le « concours » du 28 mars 1897 ne prévoyait pas davantage de régime spécial pour les actes accomplis pendant une période suspecte ; mais une loi de date voisine — 24 mars 1897 — avait édicté quelques dispositions prévoyant la nullité d'actes du débiteur insolvable.

(37) V. art. 29 de la K. O. allemande : « ...können ...angefochten werden », ainsi que l'art. 30 et s. « Anfechtbar sind... ». De même : art. 27 de la loi yougoslave ; art. 27 de la loi autrichienne et art. 26 de la loi hongroise.

Le système germanique de la « contestation » (*Anfechtungsanspruch*, *Anfechtungsrecht*) n'organise pas une période spéciale, mais divise les actes du débiteur, faits avant la déclaration de faillite, en trois catégories : 1° actes à titre onéreux préjudiciables à la masse et accomplis dans l'intention de lui causer préjudice ; ils peuvent être rendus inopposables aux créanciers au moyen de l'action Paulienne, *Deliktspauliana* ⁽³⁸⁾ ; 2° actes à titre gratuit ; ils peuvent être annulés par l'action Paulienne, *Schenkungs-pauliana* ⁽³⁸⁾ ; 3° enfin les actes faits au mépris du principe *par conditio omnium creditorum* ; leur annulabilité est fondée sur l'insolvabilité, et c'est précisément contre ceux-là qu'a été imaginé d'abord le report de l'ouverture de la faillite et la période suspecte ensuite. L'action par laquelle la masse des créanciers fait tomber ces actes, est appelée en Allemagne : *Konkurs-pauliana*.

Ce système ne prévoit aucune nullité de droit, par opposition aux Codes de commerce français (art 446) et italien (art 707). Le principe que la faillite ne produit d'effets que pour l'avenir, reste maintenu dans son intégralité.

123. — Cependant, en examinant dans ses détails l'institution de la faillite, on peut relever certains effets rétroactifs, mais qui sont loin de ceux des articles précités des Codes de commerce français et italien.

(38) Ces deux premières actions ne sont, au fond, que les différentes formes de l'action Paulienne de l'art. 1167 du Code civil français et de l'art. 1235 du Code civil italien. Dans les pays latins, la faillite ayant un caractère exclusivement commercial, les règles concernant l'insolvabilité d'un débiteur civil sont contenues dans le Code civil.

Nous n'insistons pas sur le point que le jugement déclaratif rétroagit à la première minute du jour du jugement de la faillite ⁽³⁹⁾.

Un autre effet rétroactif est prévu par la loi pour le cas où la procédure de faillite a été précédée par le concordat préventif. Dans ce cas, la faillite produit ses effets du jour de l'ouverture du concordat préventif ⁽⁴⁰⁾.

Ensuite la compensation ne peut pas s'opérer si le créancier n'est devenu débiteur du failli que dans les six mois qui précèdent l'ouverture de la faillite et s'il avait ou devait avoir connaissance de l'insolvabilité ou du fait qu'une demande de déclaration de faillite avait été déposée contre lui (art. 19 de la loi yougoslave ; art. 20 de la loi autrichienne ; art. 55 de la K. O. allemande et art. 39 de la loi hongroise) ⁽⁴¹⁾.

Mais la loi yougoslave (art. 11, al. 3) et la loi autrichienne (art. 12) ⁽⁴²⁾ prévoient une rétroactivité bien plus importante que celles énumérées plus haut. Ces articles déclarent que toute hypothèque judiciaire, non volontairement consentie, acquise dans les 60 jours qui précèdent la déclaration de faillite en vue de garantir une dette, perd ses effets *par suite de la déclaration de faillite*, à moins que la faillite ne soit close par suite d'insuffisance d'actif ou de non-existence de plusieurs créanciers.

Il est intéressant à remarquer que, dans ce système, les *inscriptions* d'hypothèque, prises avant la déclai-

(39) V. *supra*, n° 63.

(40) V. *supra*, n° 68.

(41) V. *infra*, n° 176.

(42) V. *infra*, n° 169.

ration de faillite, ne sont pas annulables. Nous ne parlons pas de la constitution de garantie, car à ce point de vue, toutes les lois admettent l'annulabilité ⁽⁴³⁾. Les lois « germaniques » déclarent que le créancier qui ne procède pas à l'enregistrement de sa garantie ⁽⁴⁴⁾, en perd le bénéfice ; mais elles ne soumettent pas les inscriptions prises avant l'ouverture de la faillite à un régime spécial. Au contraire, l'art. 448, al. 2 du Code de com. français permet l'annulation des inscriptions prises pendant la période suspecte, s'il s'est écoulé plus de 15 jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque et celle de l'insertion au registre. Ajoutons encore que le Code de com. italien ne contient pas de disposition pareille.

124. — Avant d'entrer dans l'examen détaillé des actes attaquables, énumérons les conditions auxquelles est soumise l'action en nullité. Il faut : 1° que l'acte juridique soit préjudiciable aux créanciers et 2° qu'il leur soit opposable.

Sous la dénomination « d'actes juridiques » il faut comprendre tout acte du débiteur qui est de nature à diminuer son patrimoine ou à le priver d'une augmentation. Non seulement un acte positif, mais aussi une omission peuvent être annulés. Ainsi sont attaquables la non-acceptation d'une succession ⁽⁴⁵⁾, la non-interruption d'une prescription.

(43) V. *infra*, nos 127 et s.

(44) V. *infra*, nos 127 et s.

(45) V. ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 87 et s. De même, selon l'art. 28, 1°, de la loi hongroise, la renonciation à une succession peut être annulée lorsqu'elle a été faite au cours des deux dernières années avant la déclaration de faillite. Au contraire,

Le fait que l'acte attaqué est devenu exécutoire ou le fait que cet acte a été réalisé par exécution, ne peuvent empêcher l'exercice de l'action en nullité (art. 27, al. 2, de la loi yougoslave ; art. 35, al. 1^{er}, de la loi autrichienne ; art. 35 de la loi allemande, et art. 31 de la loi hongroise).

L'acte ne sera considéré comme préjudiciable aux créanciers que lorsqu'il concerne les biens qui devraient appartenir à la masse de la faillite.

L'acte sera enfin opposable aux créanciers lorsqu'il s'agit d'actes réguliers et passés avant la déclaration de faillite.

La loi allemande sur la faillite, ainsi que les lois qui suivent son système, ne prévoit pas un délai unique, qui serait le même pour toutes les opérations ⁽⁴⁶⁾, mais elle distingue plusieurs sortes d'actes pour lesquels des délais spéciaux sont prévus. Le délai, dans lequel l'acte doit avoir été accompli pour être susceptible d'annulabilité, diffère suivant la nature de l'opération et il est d'autant plus long que l'acte qu'il concerne est plus dangereux pour les créanciers.

Les dispositions que nous allons examiner, doivent être complétées par celles des différentes lois sur l'exercice de l'action Paulienne et que nous exposons dans un Appendice à la fin de cette section

Les différentes formes, dans lesquelles l'action Paulienne s'est développée au cours de l'évolution des lois

la non-acceptation d'une succession ne peut être attaquée ni en Allemagne ni en Autriche. V. HEILFRON et PICK, *op. cit.*, p. 183 ; BARTSCH, *op. cit.*, § 32 - 4.

(46) La loi fédérale suisse de 1889 ne prévoit qu'un seul délai pour tous les actes (art. 286 et 287).

germaniques, peuvent être divisées en trois groupes : l'action Paulienne contre les actes préjudiciables ; l'action Paulienne contre les actes à titre gratuit, et l'action Paulienne en cas de faillite. Reprenons chacun de ces trois groupes d'actes.

125. — 1° Intention de porter préjudice aux créanciers, *Deliktspauliana* ⁽⁴⁷⁾, *Absichtsanfechtung* ⁽⁴⁸⁾.

Le fait qui rend ces actes annulables ⁽⁴⁹⁾, c'est l'intention du débiteur de frauder ses créanciers et la connaissance de cette intention de la part du tiers contractant. C'est l'*actio Pauliana dolosa* avec tous ses caractères : l'intention frauduleuse ne doit pas être prise comme synonyme de dol, c'est-à-dire comme exprimant le dessein prémédité de nuire. La fraude Paulienne est simplement un état d'esprit ; c'est la connaissance par le débiteur du préjudice que son acte pourra causer à ses créanciers (*dolus eventualis*) ⁽⁵⁰⁾. L'intention de frauder et la connaissance de cette intention par l'autre partie suffisent pour que la demande soit recevable. Certes, il faut un préjudice causé, mais le demandeur n'en doit pas fournir la

(47) V. KOHLER, *op. cit.*, p. 212 et s.

(48) V. JAEGER, *op. cit.*, p. 533 et 604 à 629.

(49) Les articles qui s'y réfèrent sont les suivants : art. 28 et 29 de la loi yougoslave ; art. 31 de la K. O. allemande ; art. 28 de la loi autrichienne ; art. 28 - 1° et 2° et art. 29 de la loi hongroise.

(50) Cfr. arrêt de la Cour Suprême autrichienne du 11 octobre 1928, rapporté par ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 95, n° 3 : « Pour que l'acte puisse être annulé, la loi n'exige pas que le débiteur ait l'intention ferme de porter préjudice à ses créanciers ; il suffit que ce dernier ait pu prévoir un dommage éventuel. »

preuve. Une fois l'intention de fraude démontrée, la loi présume le préjudice.

L'action est conférée à la masse des créanciers à cause du caractère général de la faillite, et non pas à ceux des créanciers, qui l'étaient déjà au moment de la passation de l'acte.

Selon les lois yougoslave (art. 28, 2°) et autrichienne (art. 28, 2°) l'acte passé dans les deux dernières années avant l'ouverture de la faillite peut être annulé si le tiers avait dû connaître l'intention du débiteur de frauder ses créanciers. Dans ce cas la loi assimile à la mauvaise foi l'ignorance coupable⁽⁵¹⁾ et l'imprudence du tiers, qui, s'il avait pris les précautions nécessaires, aurait dû connaître l'intention du débiteur (*actio Pauliana culposa*).

Si le débiteur a passé des actes juridiques, dans les deux années qui précèdent la déclaration de faillite, avec ses « proches parents »⁽⁵²⁾, la loi renverse alors la charge de preuve. Il suffit de démontrer l'intention

(51) *Verschuldete Unkenntnis* ; v. *supra*, n° 115, note 23.

(52) Il arrive souvent que le débiteur contracte avec un de ses proches parents. En ce cas, la loi, considérant l'acte comme suspect, renverse la charge de preuve. La loi établit à la charge de ces proches parents une présomption de mauvaise foi, mais qu'ils peuvent combattre en prouvant qu'ils ne pouvaient ni ne devaient connaître le préjudice causé aux créanciers. La notion de *familia suspecta* reçoit en notre matière une application très étendue. Aux termes de l'art. 34 de la loi yougoslave et de l'art. 32 de la loi autrichienne rentrent dans cette *familia* : le conjoint, les parents ou alliés du débiteur ou de son conjoint en ligne directe à l'infini et en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré, ses enfants ou ses parents adoptifs, ses parents nourricier et les enfants qu'il élève (*Pflegekinder*) et la personne vivant en concubinage avec le débiteur failli. La parenté naturelle est assimilée à la parenté légitime. De plus, si le débiteur est une société à responsabilité limitée (ou une société en nom collectif — ajoute la Cour Suprême autrichienne dans son arrêt du 18 novembre 1925, rapporté par ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 126),

du débiteur de porter préjudice à ses créanciers ; c'est le proche parent qui doit prouver, à son tour, que cette intention ne lui était pas connue et qu'il ne devait pas la connaître. C'est l'*actio Pauliana familiaris* de l'art. 28, 3° de la loi yougoslave, de l'art. 28, 3° de la loi autrichienne, de l'art. 28, 2° de la loi hongroise, et de l'art. 31, 2° de la loi allemande. Mais cette dernière loi réduit le délai à un an.

Aux termes de l'art. 29 de la loi yougoslave et de l'art. 28, 4° de la loi autrichienne, les contrats de vente, d'échange et de fournitures ⁽⁵³⁾ conclus par le débiteur au cours des derniers six mois avant la déclaration de faillite, peuvent être annulés si l'autre partie avait ou devait avoir connaissance de ce que le failli aliénait ses biens à vil prix et au préjudice de ses créanciers.

Notons encore que selon l'art. 35 de la loi yougoslave et l'art 34 de la loi autrichienne, l'intention de causer tort aux créanciers est la seule cause permettant l'annulation d'une vente partielle de meubles si la vente a été conclue dans le magasin du débiteur. Au contraire, un contrat de vente en gros peut être annulé soit pour la même cause, soit pour cause d'aliénation à vil prix, soit pour cause de connaissance d'insolvabilité.

les membres de cette société et leurs proches parents sont considérés comme proches parents par rapport à la société. La même notion de proches parents est applicable aussi en ce qui concerne l'incapacité d'être syndic (v. *supra*, n° 91) et le droit de vote à l'assemblée concordataire (v. *infra*, n° 270). Les lois allemande (art. 31 - 2°) et hongroise (art. 28 - 2°) restreignent la notion des proches parents.

(53) Cette énumération est limitative. En ce sens : ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 96 et s.

126. — 2° Libéralités et actes assimilés, *Schenkungspauliana* ⁽⁵⁴⁾, *Schenkungsanfechtung* ⁽⁵⁵⁾.

Le régime auquel sont soumis tous les actes ci-dessous énumérés ⁽⁵⁶⁾, se caractérise par deux traits essentiels : 1° l'acte juridique doit être daté de moins de deux ans avant l'ouverture de la faillite (un an en Allemagne) ; 2° seules les circonstances objectives, impersonnelles, sont prises ici en considération. On ne se préoccupe plus ni de l'intention du débiteur failli, ni de la connaissance de cette intention de la part du tiers.

A. — *Peuvent* être annulées les dispositions à titre gratuit ⁽⁵⁷⁾, sauf les cas où elles constituent, dans la mesure nécessaire, l'accomplissement d'un devoir légal moral ou conventionnel (art. 30, 1° de la loi yougoslave ; art. 29, 1° de la loi autrichienne ; art. 32, 1° de la loi allemande ; art. 28, 1° de la loi hongroise).

B. — *Peuvent* être annulées toutes les acquisitions faites au nom de tiers au cours d'une exécution judiciaire ou administrative dirigée contre le débiteur lorsque les biens ont été acquis avec les deniers du débiteur. Ainsi la loi prévient la fraude qui consisterait à dissimuler une libéralité sous la forme d'une exécu-

(54) V. KOHLER, *op. cit.*, p. 224 et s.

(55) V. JAEGER, *op. cit.*, p. 533 et 629 à 655.

(56) Les articles qui concernent ces actes sont les suivants : art. 30 de la loi yougoslave ; art. 32 de la loi allemande ; art. 29 de la loi autrichienne et art. 28 de la loi hongroise.

(57) Au contraire, les actes à titre gratuit « sont nuls et sans effet » en France (art. 446 du Code de Com.) et « *sono nulli li pieno diritto* » en Italie (art. 707 du Code de Com.).

tion forcée. De plus, la loi établit une présomption en vertu de laquelle l'acquisition faite de la sorte par un proche parent est présumée faite avec de l'argent du débiteur (art. 30, al. 2 de la loi yougoslave et art. 29, al. 2 de la loi autrichienne).

C. — Si la donation a été faite au profit du *conjoint* du failli, plusieurs particularités sont alors à noter.

a) Certaines législations font remonter avant la déclaration de faillite la date à partir de laquelle l'acte à titre gratuit peut être atteint de nullité. Ainsi, en Allemagne, lorsque le bénéficiaire de la donation est le conjoint du failli, le délai de la « période suspecte » (*kritische Zeit*) est de deux ans (art. 32, al. 2).

b) En second lieu, la notion de « disposition gratuite » est en général plus large que dans les autres cas. La loi assimile aux libéralités non seulement la restitution de la dot, mais même la garantie des biens de la femme. Bien entendu, nous supposons que la garantie ou la restitution soit effectuée *nullo jure cogente*, que le débiteur ne soit pas obligé par la loi à les opérer par suite de la dissolution de la communauté ⁽⁵⁸⁾. Une pareille obligation peut résulter d'un contrat conclu deux ans avant la faillite, ou d'un contrat passé même dans le délai de deux ans, mais soit à l'occasion de la célébration du mariage, soit au moment de la constitution de dot (art. 30, al. 3, de la loi yougoslave; art. 29, al. 3, de la loi autrichienne; art. 28, al. 3 de la loi hongroise ; Cfr. Cour de Cass. hon-

(58) Selon les Codes civils croate (art. 1262) et serbe (art. 786) la communauté de biens prend fin par la mise en faillite d'un des époux. De même art. 1262 du Code civil autrichien.

groise de 1912. N° 777 T. KATONA ad § 28, 3°, p. 71. L'art. 25, 2° de la loi allemande de 1877 contenait la même disposition, mais que la nouvelle *Konkursordnung* de 1898 n'a pas reproduite).

c) Enfin la loi considère comme disposition à titre gratuit la garantie et la tradition, soit d'une donation faite en vue du mariage, soit de l'usufruit de la veuve (art. 30, al. 4, de la loi yougoslave et art. 29, al. 4, de la loi autrichienne).

127. — 3° L'action paulienne contre les actes d'un débiteur insolvable. *Konkurspauliana* ⁽⁵⁹⁾, *Konkursanfechtung* ⁽⁶⁰⁾.

Les législations ⁽⁶¹⁾ qui, au point de vue du « droit de contestation » (*Anfechtungsrecht*) suivent le même système, édictent des dispositions différentes quant à cette dernière série d'actes. Nous nous trouvons en face de deux groupes : l'un composé du droit allemand et du droit hongrois, l'autre formé par la loi yougoslave et la loi autrichienne.

Relevons d'abord les points communs à toutes les lois en question pour examiner ensuite leurs différences de détails. Les traits communs sont les suivants :

A. — Les actes d'un insolvable, englobés dans cette subdivision, ne peuvent plus être atteints de nullité s'ils ont été faits *six mois avant l'ouverture de la fail-*

(59) V. KOHLER, *op. cit.*, p. 231 et s.

(60) V. JAEGER, *op. cit.*, p. 533 et 547 à 604.

(61) Les articles qui régissent cette catégorie d'actes sont les suivants : art. 31 et 32 de la loi yougoslave ; art. 30 et 31 de la loi autrichienne ; art. 30 de la K. O. allemande ; art. 27 de la loi hongroise.

lite ⁽⁶²⁾. La sécurité juridique, nécessaire à la vie des affaires, ne permet pas, en effet, qu'un acte puisse demeurer longtemps dans l'incertitude. Si la déclaration de faillite a été ajournée de sorte qu'il s'est écoulé plus de six mois entre la passation de l'acte et l'ouverture de la faillite, ces actes restent néanmoins valables bien qu'ils fussent accomplis à la veille de l'insolvabilité.

B. — Dans l'intérêt de la stabilité de la vie commerciale, le paiement fait par un débiteur insolvable au moyen d'un chèque ou d'une lettre de change, ne peut pas être annulé si l'autre partie, en refusant de l'accepter, se serait exposée à la perte du droit de recours contre ses coobligés. Mais le créancier, ayant droit à l'action, est admis à demander la restitution des sommes à celui des coobligés contre lequel un recours peut être exercé en dernier lieu, autant que ce dernier, au moment de la mise en circulation de l'effet, connaissait ou devait connaître l'intention du débiteur de le favoriser aux dépens des autres créanciers, ou l'état d'insolvabilité du débiteur, ou le fait qu'une demande en déclaration de faillite avait été déposée contre lui.

Cette exception aux règles générales nous vient du Code de com. français (art 449), d'où elle a passé d'une part dans les législations latines (Cfr., art. 711 du C. de com. italien) et de l'autre dans la loi allemande de 1877 (art. 27), ensuite dans la *Konkursordnung* de 1898 (art. 34 complété par l'art. 24 de la loi du 11 mars 1908 sur les chèques) ; c'est à cette

(62) V. art. 31, al. 2, de la loi yougoslave ; art. 30, al. 2, de la loi autrichienne ; art. 33 de la loi allemande ; art. 27, al. 2, de la loi hongroise.

dernière loi que cette disposition a été empruntée par la loi yougoslave de 1929 (art. 33), la loi autrichienne de 1914 (art. 33) et la loi hongroise de 1881 (art. 30) ⁽⁶³⁾.

C. — Un troisième point commun concerne la faillite ouverte après l'échec de la procédure de concordat préventif. Dans ce cas toutes les fois que la loi exige, pour l'annulation d'un acte, de la part du tiers contractant, la connaissance de l'introduction de la demande en faillite, l'acte peut être atteint de nullité si le cocontractant du failli avait connaissance de la demande d'ouverture du concordat préventif ⁽⁶⁴⁾.

Les actes de cette troisième catégorie sont annulables parce que, faits à la veille de l'insolvabilité, ils sont entachés d'une présomption de fraude. Lors de la cessation de ses paiements, le débiteur insolvable est censé les accomplir avec l'intention de porter préjudice à ses créanciers.

128. — Selon les dispositions de l'art. 30 de la loi allemande, reproduites par la loi hongroise dans son art. 27, les actes de cette série peuvent être divisés en trois groupes.

Peuvent être annulés les actes du débiteur faits après la *cessation des paiements* (*Zahlungseinstellung*) ⁽⁶⁵⁾

(63) V. sur tous ces points : JAEGER, *op. cit.*, ad. § 34, Anm. 25, p. 666.

(64) Art. 1^{er} de la loi yougoslave ; art. 2 de la loi autrichienne ; art. 37 de la *Vergleichsordnung* allemande (JAEGER, *op. cit.*, ad. § 30, Anm. 66, p. 603) ; art. 88, al. 2 de la loi hongroise sur le concordat préventif (MESZLÉNY, *op. cit.*, ad. § 88, p. 254 et s.).

(65) Au sens de l'art. 30 constitue cessation de paiements tout acte du débiteur qui fait présumer son insolvabilité (*Zahlungsunfähigkeit*). Car c'est cette dernière cause qui donne lieu à l'ouverture de la faillite. V. JAEGER, *op. cit.*, ad. § 30, Anm. 1 et 3 ; v. *supra*, n° 43.

ou après qu'une demande en déclaration de faillite a été déposée contre lui.

a) Lorsque ces actes portent préjudice aux créanciers du concours et si la partie contractante avait connaissance, au moment de la passation de l'acte, de la demande en faillite ou de l'état d'insolvabilité.

b) Lorsque les actes du débiteur procurent au tiers contractant paiement ou garantie et si ce dernier, au moment où l'acte a été accompli, avait connaissance de la demande en faillite ou de l'état d'insolvabilité.

c) Lorsque, par ces actes, un créancier reçoit le paiement ou la garantie de ce qui ne lui est pas dû, ou reçoit ce qu'il ne peut pas encore demander ou qu'il ne peut pas demander dans cette mesure (*Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte*) autant que ce créancier avantagé ne prouve pas qu'il n'avait connaissance, au moment du paiement ou de la constitution de garantie, ni de l'état d'insolvabilité, ni de la demande en faillite, ni de l'intention du débiteur de le favoriser. Et dans ce cas, la « période suspecte » (*kritische Zeit*) reçoit une extension et l'action en nullité peut atteindre même les actes faits dans les dix jours (quinze jours en Hongrie) avant la cessation des paiements ou l'introduction de la demande en déclaration de faillite.

129. — Les lois yougoslave et autrichienne font une distinction plus précise et divisent les actes du débi-

teur en deux groupes : ceux faits par le débiteur avec l'intention de favoriser un de ses créanciers et ceux passés avec un tiers qui connaissait l'état d'insolvabilité du débiteur.

A. — Intention de favoriser un ou quelques-uns des créanciers (art. 31 de la loi yougoslave ; art. 30 de la loi autrichienne).

En concédant à la masse des créanciers le droit de faire annuler les actes du débiteur faits depuis l'*insolvabilité* (*Zahlungsunfähigkeit*) ou depuis le jour où une demande en faillite a été déposée contre lui, la loi tend à assurer le maintien de l'égalité entre les créanciers dès avant la faillite.

La loi considère comme violation du principe « *par conditio omnium creditorum* » tout paiement fait ou garantie ⁽⁶⁶⁾ consentie par le débiteur depuis la date sus-mentionnée ou dans les 60 jours qui précèdent cette époque.

La loi prévoit deux manières de favoriser ou avantager un créancier : l'une objective, l'autre subjective.

La première existe, indépendamment de toute considération tirée de la personne du cocontractant, lorsqu'un créancier reçoit ce qui n'est pas dû du tout (exécution d'une obligation naturelle) ou reçoit un paiement qui diffère de celui de la chose due, soit par son objet (marchandises au lieu de l'argent), soit par sa date (dette non échue). Pour ces cas, la loi contient

(66) Il ne s'agit ici que de l'hypothèque conventionnelle, volontairement consentie ; car l'hypothèque judiciaire constituée dans les 60 jours qui précèdent la déclaration de faillite est nulle de droit par l'effet même de la déclaration de faillite.

une présomption de « favorisation » ⁽⁶⁷⁾, mais le créancier peut la combattre en prouvant qu'il n'est pas mis par là dans une situation plus avantageuse.

Une « favorisation » subjective existe lorsqu'un créancier reçoit ce qui lui était dû, mais que le paiement a été fait avec l'intention de l'avantager au préjudice des autres, intention qui était connue ou devait être connue de l'autre partie. De plus, si le cocontractant est un proche parent ⁽⁶⁸⁾ du débiteur, la loi présume que l'intention de le favoriser lui était connue, et c'est à ce proche parent de prouver qu'il ne pouvait ni devait la connaître. Mentionnons encore que le débiteur qui avantage un créancier aux dépens des autres, est puni par l'art. 346 du Code pénal yougoslave.

B. — La connaissance d'insolvabilité (art. 32 de la loi yougoslave et art. 31 de la loi autrichienne).

Peut être annulé tout acte juridique ayant pour objet la garantie ou le paiement d'un créancier et tout acte du débiteur passé avec d'autres personnes et portant préjudice aux créanciers, conclus après que le débiteur est devenu insolvable ou après qu'une demande en déclaration de faillite a été déposée. Le demandeur doit prouver que le tiers a eu connaissance de l'insolvabilité ou de l'introduction d'une demande en faillite, ou à défaut de cela, il doit prouver que le tiers, en prenant les précautions nécessaires, aurait

(67) Qu'on nous excuse d'employer ce barbarisme, mais nous nous sommes vu dans l'obligation d'y recourir pour exprimer le véritable sens du mot allemand : *Begünstigung*.

(68) V. note 52 ci-dessus.

dû en avoir connaissance. S'agit-il au contraire de proches parents du failli, la loi présume la connaissance des faits sus-indiqués et renverse ainsi la charge de la preuve.

130. — L'action en nullité ⁽⁶⁹⁾ a pour objet de faire rentrer dans le patrimoine de la faillite tout ce qui a été aliéné pour l'acte ou ce qui n'y est pas rentré à cause de l'acte annulé ⁽⁷⁰⁾.

La loi prescrit la restitution en nature et considère le tiers poursuivi comme possesseur de mauvaise foi; celui-ci doit indemniser la masse de tous dommages causés et rapporter les fruits perçus (art. 335 du Code civil croate). Lorsque la restitution en nature n'est plus possible, le défendeur doit des dommages et intérêts qui consistent dans l'indemnisation de la perte subie (*damnum emergens*) et du gain dont la masse a été privée (*lucrum cessans*) (art. 1323 et 1324 du Code civil croate). Son héritier, au contraire, est considéré comme possesseur *bonae fidei*, sauf si, au moment de la dévolution de la succession, il avait ou devait avoir connaissance des circonstances sur lesquelles a été fondée l'action en nullité contre son auteur décédé.

Celui enfin qui a reçu de bonne foi et à titre gratuit la prestation qui fait l'objet de l'action en nullité, ne la doit restituer que dans la mesure de son enrichis-

(69) Les articles 36 à 42 de la loi yougoslave concernant l'objet et l'exercice de l'action en nullité correspondent aux art. 37 à 43 de la loi autrichienne, aux art. 36 à 42 de la loi allemande et aux art. 32 à 37 de la loi hongroise.

(70) Toutefois v. note 45 ci-dessus.

sement ⁽⁷¹⁾. Si donc, pendant la possession du tiers acquéreur de bonne foi, l'objet s'est détérioré ou s'est perdu, il n'en devra pas réparation (art. 329 du Code civil croate).

De son côté, le tiers poursuivi peut demander la restitution de la contre-valeur de l'objet reçu autant que celle-ci fait encore partie de la masse de la faillite, et comme telle peut y être identifiée ⁽⁷²⁾. Dans le cas contraire, le tiers se présente comme créancier simple et ainsi il concourt à la faillite. Toutefois, une exception est faite pour le cas où la masse s'est enrichie par suite de la contre-prestation du tiers, et la masse doit alors l'indemniser dans la mesure de son enrichissement; ainsi le tiers ne concourt pas, mais se présente comme créancier de la masse (art. 40). Ajoutons encore que l'objet de l'action en nullité ne peut être opposé en compensation à la créance que possède le tiers poursuivi vis-à-vis du débiteur (art. 41).

131. — L'action en nullité appartient à la masse des créanciers, mais elle ne peut être exercée que par le syndic. C'est le syndic qui a le monopole de l'action en nullité, aussi bien dans la faillite qu'en dehors de la faillite (art. 36), c'est lui seul qui peut l'intenter ou

(71) Art. 38 de la loi yougoslave ; art. 39 de la loi autrichienne ; art. 37 de la loi allemande. Cfr. art. 33 de la loi hongroise : « Si le bénéficiaire d'une disposition à titre gratuit est de bonne foi, il ne doit restituer que ce qui se trouve encore en sa *possession*. »

(72) Il se présente non pas comme créancier, mais en qualité de propriétaire revendiquant un corps certain. Il ne doit rapporter à la masse l'objet en question que si la masse exécute en même temps son obligation et lui restitue la contre-prestation. Il bénéficie donc du droit de rétention (art. 40 de la loi yougoslave ; art. 41 de la loi autrichienne ; art. 38 de la loi allemande et art. 33 de la loi hongroise).

à y renoncer. Son monopole s'étend à toutes les actions en nullité qui appartiennent aux créanciers d'après la loi du 5 février 1931 sur l'annulabilité des actes en dehors de la faillite et qui, pendant les opérations de la faillite, peuvent être exercées seulement par lui dans l'intérêt de tous les créanciers.

L'action en nullité doit être intentée dans l'année qui suit la déclaration de faillite ⁽⁷³⁾.

Si le syndic refuse de s'engager dans le procès, son adversaire ne peut le continuer que dans le but d'obtenir le paiement des frais judiciaires. Le syndic, en refusant de continuer le procès, ne perd pas son droit d'intenter ultérieurement l'action en nullité.

132. — L'action en nullité peut être exercée contre la partie contractante, son successeur, ensuite contre le bénéficiaire d'un acte unilatéral (par exemple en cas de renonciation à une succession), enfin contre le tiers en cas d'un acte juridique *in favorem tertii* s'il existe, quant au tiers, des causes d'annulabilité mentionnées plus haut (N^{os} 125 et suiv.). L'action en nullité ne peut être dirigée contre le sous-acquéreur que dans deux cas déterminés par l'alinéa 3 de l'article 37 et seulement à la condition que l'action pourrait être intentée contre son auteur s'il était encore en possession: le premier cas est celui où le sous-acquéreur, au moment de l'acquisition, connaissait ou devait connaître les circonstances servant de base

(73) Art. 42 de la loi yougoslave ; art. 43 de la loi autrichienne ; art. 41 de la loi allemande. En Hongrie, le délai pour intenter l'action est de six mois (art. 37).

à l'action en nullité, (lorsque le sous-acquéreur est un proche parent du débiteur failli, cette connaissance est présumée jusqu'à preuve contraire); le second cas est celui où le sous-acquéreur a reçu l'objet en question par une disposition gratuite de son auteur ⁽⁷⁴⁾. Dans ce dernier cas, toutes les restrictions contenues dans l'article 30, article qui prévoit l'annulation des actes faits à titre gratuit, seront applicables à l'action dirigée contre le sous-acquéreur. Le sous-acquéreur est donc protégé contre toute action dès que deux ans se sont écoulés après l'ouverture de la faillite, lors même que l'annulabilité a pour cause l'*actio Pauliana dolosa* prescriptible par dix ans ! ⁽⁷⁵⁾.

Lorsque l'objet aliéné par un acte susceptible d'être annulé a été acquis successivement par plusieurs personnes, le principe est qu'aucun sous-acquéreur ne peut avoir une responsabilité plus grande que n'en avait son auteur.

Appendice

L'ANNULATION DES ACTES FRAUDULEUX DU DÉBITEUR EN DEHORS DE LA PROCÉDURE DE FAILLITE

133. — Les actes d'un débiteur peuvent être déclarés inopposables à l'égard d'un créancier même en dehors de la faillite. La loi yougoslave du 5 février 1931, qui en détermine les conditions, relève du do-

(74) De même : art. 38 de la loi autrichienne ; art. 40 de la loi allemande et art. 35 de la loi hongroise.

(75) En ce sens : KOHLER, *op. cit.*, p. 257 ; ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 135.

maine du droit civil et l'action est exercée d'après les règles de la procédure ordinaire. Nous n'envisageons cette loi que pour faire un parallèle entre les deux procédures différentes.

134. — Le créancier ne peut attaquer l'acte que s'il a un titre exécutoire (art. 8), à l'exception du cas où il invoque l'inopposabilité de l'acte par voie d'exception (art. 10); ensuite il faut qu'il ait pratiqué contre le débiteur une saisie qui est restée sans résultat ou qu'il prouve qu'une saisie demeurerait inutile.

135. — Les causes d'annulabilité sont les mêmes que dans la procédure de faillite. Cependant, ne s'agissant pas de faillite, il n'est pas interdit au débiteur d'avantager un créancier au détriment des autres et partant l'acte ne peut être attaqué pour cause de préférence accordée à un créancier, ni pour cause de connaissance de son insolvabilité. Les articles 2 à 5 de la loi du 5 février 1931 correspondent exactement aux articles 28, 29, 30, 34 et 35 de la loi sur la faillite. Sont donc annulables les actes faits en fraude des créanciers lorsque le créancier en supporte un préjudice et qu'il prouve la complicité du tiers, en cas d'acte à titre onéreux; ensuite toute émission du débiteur par laquelle il perd un droit patrimonial quelconque comme la non-interruption d'une prescription^o ou la renonciation à une succession (art. 7). De même qu'en cas de faillite, le fait que des titres rendus exécutoires concernant l'acte attaqué sont acquis, ou le fait que l'acte attaqué a été déjà réalisé par exécution forcée, n'excluent pas l'annulation. Si l'on déclare l'acte juri-

dique inopposable et sans effet à l'égard du créancier, l'effet du titre exécutoire cesse alors vis-à-vis des créanciers (art. 6).

Même avant que sa créance ne soit devenue exécutoire, le créancier peut, par un acte judiciaire ou notarié, informer celui au profit duquel l'acte a été fait ou ses héritiers qu'il intentera l'action tendant à déclarer que tel acte ne lui sera pas opposable. En ce cas le délai ne court qu'à partir de la notification, à la condition que le patrimoine du débiteur ne suffise pas à payer le créancier et que l'action soit intentée dans les deux ans qui suivent la notification (art. 9).

136. — L'effet de l'action — à la différence de la faillite — est que l'acte sera révoqué, mais seulement à l'égard du demandeur, et seulement en tant que cette révocation est nécessaire pour lui donner satisfaction (art. 13). Le tiers poursuivi peut toujours arrêter l'action en désintéressant le créancier poursuivant, car il supprime ainsi l'intérêt qu'elle présenterait pour celui-ci. L'acte attaqué subsiste à l'égard de toutes les autres personnes, c'est-à-dire d'abord dans les rapports du débiteur et du tiers et en second lieu à l'encontre des autres créanciers du débiteur qui n'ont pas été parties au procès.

Le tiers poursuivi est considéré comme possesseur de mauvaise foi, il doit rendre la chose avec ses fruits et des dommages-intérêts en cas de détérioration. Une exception est faite pour le cas où l'acquéreur de bonne foi a reçu la chose à titre gratuit, il n'en doit la restitution que dans la mesure de son enrichissement

(art. 13, al. 3; cfr. avec al. 3 de l'art. 38 de la loi sur la faillite). La loi fait une autre réserve au profit des tiers qui ont acquis des droits réels sur les biens en question; ces droits ne tombent pas par le fait de l'annulation; mais celui qui avait la possession de ces biens au moment de la constitution des droits doit indemniser le demandeur si son acquisition peut être annulée (art. 14).

Quand peut-on intenter l'action contre le sous-acquéreur? Ces règles, contenues dans l'article 11, correspondent exactement à celles posées par l'article 37 de la loi sur la faillite auxquelles nous renvoyons. (V. *supra*, N° 132.)

137. — Dans d'autres pays, il existe des lois analogues contenant les mêmes règles. Ainsi, en Allemagne, l'*Anfechtungsgesetz* du 21 juillet 1879, modifiée par celle du 20 mai 1898; en Autriche, la loi du 16 mars 1884, et en Hongrie la loi de 1881, XVII.

CHAPITRE V

Les Effets de la Faillite quant aux Créanciers

138. — Dans ce chapitre nous passerons en revue les diverses sortes de créanciers et d'ayants droit pour rechercher dans quelle mesure ils subissent les effets de la faillite. A cet effet, nous examinerons d'abord la situation créée aux créanciers chirographaires, puis celle des créanciers à privilège général et leur rang respectif, la situation des créanciers à privilège spécial, les effets de la faillite sur la compensation, ses effets quant aux contrats synallagmatiques encore non exécutés, la situation des créanciers ayant plusieurs codébiteurs, pour terminer par quelques mots sur la revendication et sur des créanciers de la masse.

Première section

LES CRÉANCIERS ORDINAIRES

139. — On désigne sous le nom de « masse des créanciers » l'ensemble des créanciers du failli. Envisagés dans leur ensemble, ils forment une masse,

parce qu'ils ont en réalité des intérêts communs, et que, pris collectivement, ils apparaissent dans la faillite comme l'adversaire naturel du failli: un adversaire qui cherche à obtenir le plus possible du patrimoine de celui-ci.

Déterminons tout d'abord quels sont les créanciers qui font partie de la masse — « créanciers dans la masse ». Le *créancier dans la masse* est celui qui a une créance de nature patrimoniale et personnelle contre le débiteur, créance existant déjà au moment de la déclaration de faillite. Il faut donc — d'après la loi yougoslave, qui reproduit en cette matière des vues communes à toutes les législations — avoir une créance de nature patrimoniale, expression qui comprend aussi les créances alimentaires et les créances de nature de droit public, comme les impôts. Il faut ensuite que la créance soit une créance personnelle contre le débiteur. Les créanciers ayant un droit réel, non personnel (le débiteur est sous-acquéreur d'un bien hypothécaire, par exemple), ne sont donc pas compris dans la masse; car leur paiement se fait indépendamment de la procédure de faillite. En troisième lieu il faut que la créance existe déjà au jour de la déclaration de faillite. La loi ne demande pas que la créance soit exigible; car elle assimile les créances à terme aux créances échues (Voir infra N° 148); les créances sous condition résolutoire sont considérées comme si elles étaient pures et simples, et celles sous condition suspensive reçoivent une garantie de paiement pour le cas de l'arrivée de la condition (art. 15).

140. — Par contre — aux termes de l'article 56 — ne peuvent être produits :

1° Les intérêts des créances inscrites à partir de la déclaration de faillite en raison des difficultés techniques pour la détermination de leurs montants ; car les intérêts ne cessent de s'accroître.

2° Ensuite les amendes pour les infractions de toute sorte, car ne sont punis d'amende que ceux qui ont un patrimoine ; si les amendes étaient payées sur les biens de la faillite, ce ne serait pas le débiteur qui serait puni, car ce n'est pas lui, mais ses créanciers, qui en supporteraient la charge et *creditores non puniuntur*.

3° En troisième lieu les créances nées d'un contrat à titre gratuit ; *nemo liberalis, nisi liberatus*.

4° La loi cite encore un groupe de créances qui ne peuvent pas être payées sur la masse de la faillite ; ce sont les créances alimentaires légales pour le temps postérieur à la déclaration de faillite. Sans une disposition expresse de la loi, les principes de droit universel de la faillite conduisent au même résultat. La faillite n'est pas, en effet, obligée d'entretenir le failli lui-même, encore moins ceux qui sont à sa charge (art. 5, voir supra N° 109). Ensuite, si une telle créance alimentaire ne naît qu'après la déclaration de faillite, alors on ne peut même pas parler d'une créance contre le failli, car les créances pouvant être produites doivent exister déjà au moment de l'ouverture de la faillite ; dans notre hypothèse, à ce moment, il n'y a

qu'un lien de parenté qui peut éventuellement produire une obligation.

Nous avons énuméré les caractères que doit avoir la créance dont le titulaire désire prendre part aux opérations de la faillite. Ce sont les conditions de fond. Mais il existe encore une condition de forme: le créancier doit produire sa créance. S'il néglige cette formalité, il reste en dehors de la faillite; il n'en subira pas les effets, mais en revanche il n'en pourra pas bénéficier. Il n'y a qu'un acte dans toute la procédure de faillite qui produise ses effets à l'égard de tous les créanciers, parties ou non à la faillite: c'est le concordat intervenu entre la masse des créanciers et le failli (1).

141. — Les créanciers qui veulent participer aux opérations de la faillite forment une masse. Cependant on ne doit pas considérer cette communauté comme une personne morale. Une personne juridique est caractérisée par un patrimoine commun qui est séparé du patrimoine privé de chacun de ses membres. Ensuite une personne morale a un nom distinctif, ce qui n'est pas le cas.

La reconnaissance d'une personnalité morale à la masse est très discutée dans la doctrine. Tandis que

(1) V. art. 168 de la loi yougoslave : « Par l'effet de l'homologation du concordat, le débiteur est libéré de l'obligation d'indemniser ses créanciers de la perte subie... sans tenir compte si ces derniers ont participé ou non aux opérations de la faillite. » Cfr. art. 516 du Code de Com. français ; art. 840 du Code de Com. italien ; art. 193 de la *Konkursordnung* allemande ; art. 156 de la loi autrichienne et art. 224 de la loi hongroise.

les auteurs français l'acceptent en général ⁽²⁾, en Allemagne elle est niée ⁽³⁾.

Il est vrai que le syndic, qui agit en justice au nom de la masse, n'est pas tenu de faire figurer les créanciers individuellement et en nom dans l'instance. Cependant on peut très bien concevoir que le législateur ait concédé à la masse, à titre exceptionnel, cette conséquence de la personnalité. D'ailleurs la question est beaucoup plus théorique que pratique. C'est sur le terrain des réalités de la pratique que se tient l'article 87 de la loi yougoslave qui dispose: « Le syndic est tenu... d'engager les procès concernant la masse faillie... de gérer les affaires de la masse faillie ».

142. — L'importance du rôle de la masse des créanciers a été augmentée par la théorie de l'autonomie des créanciers; ses attributions ont été fort élargies dans les lois modernes. La masse a deux organes qui sont le syndic et l'assemblée des créanciers. En traitant des organes de la faillite nous avons vu que dans le droit yougoslave les pouvoirs de l'assemblée sont délégués à un organisme inconnu en France, au comité des créanciers, et c'est ce dernier qui y agit par son organe exécutif, le syndic, dans toutes les questions importantes.

(2) V. PERCEROU, *op. cit.*, n^{os} 85 et s.; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n^o 472. Cfr. GOMBEAUX, Les créanciers de la masse en faillite, *Annales de Droit commercial*, 1907, p. 417 et s.

(3) V. KOHLER, *op. cit.*, p. 370 et s. Les auteurs yougoslaves ne reconnaissent pas non plus la personnalité de la masse : MITROVIC, *op. cit.*, p. 94 et s.; ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, ad § 45, p. 166.

143. — Disons enfin que les créanciers étrangers ont les mêmes droits que les nationaux. Mais le gouvernement peut toujours déroger au principe de l'égalité par un décret comme réponse à une mesure prise par un autre gouvernement (art. 57).

144. — Un des principes fondamentaux de la faillite est le principe de l'égalité des créanciers. Ce principe est réalisé, dans la loi yougoslave comme dans tous les autres droits européens, de la manière suivante: les créanciers perdent leur droit de poursuite individuelle; leurs créances deviennent exigibles et les créances cessent de produire intérêts. Reprenons chacune des conséquences du principe de l'égalité.

145. — 1° La déclaration de faillite entraîne la suspension des poursuites individuelles. A partir de l'ouverture de la faillite les actes du débiteur sont nuls à l'égard de la masse des créanciers et le failli ne peut pas améliorer la situation d'un créancier au détriment des autres (art. 3). Nous verrons bientôt (Voir infra N^{os} 172 et s.) qu'un créancier ne peut pas non plus être favorisé par le jeu de la compensation. Les procès tendant à réaliser ou à garantir un droit sur un bien appartenant à la faillite ne peuvent être ni intentés ni continués contre le débiteur failli postérieurement à la déclaration de faillite (art. 6). Enfin, ce qui est le plus important, aucun créancier ne peut plus acquérir un droit de gage par exécution forcée sur les biens dont le débiteur est dessaisi (art. 10).

L'égalité ne s'impose qu'aux créanciers chirogra-

phaires. Les créanciers ayant une sûreté réelle conservent tous leurs droits, ainsi que le propriétaire qui revendique ses biens.

146. — Ce principe du droit commun international, découlant du but de la faillite, apporte de sérieuses restrictions aux droits individuels. Les créanciers, par la production de la créance, perdent leur droit fondamental: le droit d'exécution. La masse des créanciers leur enlève la plupart de leurs droits; mais cela ne va pas jusqu'à les anéantir. En effet, la masse peut contraindre les créanciers à accepter des décisions votées par la majorité, dont la plus importante est sans doute le vote du concordat. En dehors de là, la masse peut encore refuser d'admettre des créances douteuses, peut permettre l'aliénation des biens au cours de la procédure, la diminution du patrimoine, etc... Cependant l'influence de la masse sur les droits individuels ne peut pas aller jusqu'à exclure certains créanciers; elle ne peut que les obliger à recourir à la voie judiciaire pour faire reconnaître leurs droits; la masse ne peut pas traiter certaines créances comme privilégiées au mépris des dispositions de la loi; elle ne peut pas non plus autoriser un créancier à se faire payer *in natura*.

147. — Quels sont après tout les droits des créanciers considérés *uti singuli*? Ils sont assez nombreux et leur sont réservés par la loi pour leur assurer la garantie d'une conduite régulière de la procédure. Ainsi aux termes de l'article 111, chacun des créan-

ciers peut demander au débiteur de prêter serment. Les créanciers inscrits ont droit d'examiner les créances produites et de faire leurs observations (art. 116, alin. 6). Ainsi, le créancier, par son intervention, peut empêcher qu'une créance soit admise comme vérifiée ou admise pour la totalité du montant demandé. Tous les créanciers ont le droit de vote au concordat et à toutes les décisions de l'assemblée (art. 102). Ils sont tous convoqués individuellement pour la discussion des comptes de la gestion du syndic (art. 133) et pour l'examen du plan de répartition préparé par le syndic (art. 141). De même les créanciers peuvent faire individuellement, dans l'intérêt collectif, des actes conservatoires (4).

148. — 2° La déclaration de faillite a pour effet de rendre immédiatement exigibles les créances à terme, c'est-à-dire que le créancier dont la créance était affectée d'un terme, pourra produire immédiatement à la faillite. La raison qui a déterminé la loi est une raison pratique. La loi désire, pour des raisons de rapidité et de simplicité, qu'il soit procédé à une liquidation et à un règlement général. Il ne faut pas qu'il subsiste des créanciers retardataires qui ne pourraient faire valoir leurs droits qu'à une époque ultérieure. Ainsi la déchéance du terme n'opère que vis-à-vis du failli et non pas vis-à-vis des codébiteurs ou cautions obligés pour la même dette, ni vis-à-vis des débiteurs du failli.

(4) V. Cour d'Appel de Paris, 19 août 1852, D. P. 1853, 2, 70.

149. — Cette règle qui, comme la précédente, est de valeur universelle dans son principe, a soulevé en France des difficultés dans son application. Il s'en est produit surtout pour les créances qui ne portent pas intérêt. En cette matière la loi française est en effet imparfaite, car elle impose à la faillite le paiement immédiat et intégral d'une somme qui n'était dûe qu'à échéance. La loi yougoslave, au contraire, en suivant sur ce point les lois autrichienne et allemande ⁽⁵⁾, impose aux créanciers qui bénéficient de la déchéance du terme une sorte d'escompte. Le créancier pourra produire, mais seulement déduction faite des intérêts à courir sur la créance jusqu'à l'époque de l'échéance. Nous reviendrons encore à cette question au cours de notre étude. (Voir N° 222.)

150. — Notons dès maintenant, et nous y reviendrons encore (Voir N° 224) que, malgré la raison pratique qui explique la déchéance du terme, les créanciers conditionnels ne bénéficient pas d'une exigibilité pareille et que l'on ne considère pas la condition comme accomplie. Cela s'explique par la nature elle-même de ces créances: il est plus grave de hâter l'arrivée d'une condition que l'échéance du terme et de supposer réalisée une condition qui pourrait en fait ne jamais se réaliser.

151. — Selon la jurisprudence française, la déclai-

(5) Cfr. art. 65 de la *Konkursordnung* allemande ; art. 14 de la loi autrichienne ; art. 14, al. 2, de la loi hongroise et art. 768 du Code de Com. italien. V. *infra*, n° 222.

ration de faillite prive le failli du bénéfice du terme pour ses dettes même garanties d'une sûreté réelle ⁽⁶⁾.

Dans le système germanique, au contraire, le principe est que la faillite ne touche en rien aux créances garanties par une sûreté réelle.

Cela s'explique par la différence de nature de l'hypothèque dans les deux systèmes latin et germanique. En Allemagne, l'hypothèque est une dette du fonds (*Grundschild*), une obligation directe, distincte et indépendante de l'obligation personnelle; en France, au contraire, l'hypothèque n'a pas d'existence autonome; elle n'est qu'un accessoire de l'obligation personnelle. « Mais qu'on veuille bien le remarquer, ce n'est pas comme titulaire d'une sûreté, mais comme créancier chirographaire (qualité qui ne cesse pas de lui appartenir et qui forme même le *substratum* de sa qualité de créancier hypothécaire) qu'on l'autorise à se prévaloir de la déchéance du terme. Seulement du même coup, et parce qu'en France l'hypothèque n'est que l'accessoire de la créance principale, l'hypothèque elle-même devient immédiatement exécutoire. » ⁽⁷⁾.

152. — 3° Un troisième effet, consacré par l'en-

(6) V. Agen, 20 février 1866, D. P. 1866, 2, 149, S. 1866, 2, 154. Cet arrêt, parlant de la déchéance du terme, dit « que la loi ne fait aucune distinction entre les créances chirographaires et les créances privilégiées ou hypothécaires ». Dans le même sens : PERCEROU, *op. cit.*, nos 774 et s.; *contra*, LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n° 262.

(7) PERCEROU, *op. cit.*, n° 775.

semble des législations ⁽⁸⁾, est la cessation du cours des intérêts à l'égard de la masse. Cette règle est imposée par la loi pour maintenir l'égalité entre les créanciers et pour éviter que certains d'entre eux (notamment ceux qui ont stipulé des intérêts) puissent profiter de la prolongation de la procédure.

C'est ce que décident formellement le Code de commerce français (art. 445, al. 1^{er}), le Code de commerce italien (art. 700) et la *Konkursordnung* allemande (art. 63).

La loi yougoslave et la *Konkursordnung* autrichienne ne consacrent pas cette règle expressément; mais selon l'article 56, 1^o ⁽⁹⁾ (Voir supra N^o 140), le créancier ne peut pas produire pour les intérêts échus avant l'ouverture de la faillite.

153. — Cette règle ne s'applique pas aux créanciers armés d'une sûreté réelle; ils restent en dehors de la faillite. Tous les intérêts leur seront payés au jour de la vente de l'objet gagé ou de l'immeuble hypothéqué sur le prix provenant de la réalisation de celui-ci. Mais, si le prix de la chose vendue ne suffit pas au paiement des créances garanties par la sûreté, le créancier concourant pour le reste en qualité de simple créancier

(8) Au contraire, aux termes de l'art. 64 de la loi hongroise : « les créanciers sont admis à produire pour les intérêts qui leur seraient dus si la faillite n'avait pas été déclarée. S'il n'est pas stipulé d'intérêt et si l'échéance de la créance n'est pas fixée, le créancier est admis à faire valoir son droit aux intérêts légaux, qui lui seront dus à partir de sa production. » Selon la Cour de Cassation hongroise, les intérêts non demandés lors de la production, ne peuvent pas être payés. V. KATONA, *op. cit.*, p. 121.

(9) Cet article correspond à l'art. 57 de la loi autrichienne.

chirographaire ne sera-t-il pas contraint de déduire de sa créance les intérêts qui ont couru à partir de la déclaration de faillite? Nous croyons que telle est la solution qu'impose une saine politique législative. En effet, il ne faut pas perdre de vue le principe que *les créanciers à privilège spécial, en tant que créanciers réels, impersonnels, restent en dehors de la procédure de faillite*; mais, dès qu'ils se présentent en qualité de créanciers personnels du failli, ils sont assimilés à tous les points de vue aux autres créanciers chirographaires.

Le Code de commerce italien prescrit formellement cette déduction (art. 700, al. 2) ⁽¹⁰⁾, mais la jurisprudence française ne l'impose pas au créancier hypothécaire ⁽¹¹⁾.

Deuxième section

LES CRÉANCIERS PRIVILÉGIÉS. LE RANG DES CRÉANCIERS

154. — Certains créanciers du débiteur failli, bien qu'ils soient des créanciers ordinaires au point de vue des effets de la faillite sur leurs droits, sont payés avant les autres en raison de la nature de leurs créances. Il serait peut-être plus logique de placer l'énumération des créanciers privilégiés dans le chapitre où

(10) V. VIDARI, *Corso di dir. comm.*, VIII, nos 7608 et 7852.

(11) « Tout ce que l'art. 445 défend, c'est de réclamer les intérêts sur des sommes autres que celles provenant de la réalisation de l'immeuble hypothéqué. Mais, sauf cette défense, il faut appliquer le droit commun. Or, aux termes de l'art. 1254 du C. civil « le paiement fait sur le capital et les intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts. » PERCEROU, *op. cit.*, n° 807 et la jurisprudence y rapportée.

nous nous occuperons de la répartition du patrimoine entre les créanciers; car c'est à ce moment que se pose la question des privilèges. En effet, dans les théories allemande et autrichienne, qui sont adoptées dans beaucoup de pays de l'Europe Centrale, dont la Yougoslavie, le privilège général ne constitue pas une sûreté de même nature qu'une hypothèque ou qu'un gage. Celui qui en est pourvu n'est pas un créancier réel (*Realgläubiger*) apte à se prévaloir d'un droit d'exécution séparé (*Absonderungsberechtigte*), mais un créancier chirographaire, un créancier du concours. La seule particularité qui le distingue des autres intéressés faisant partie de la masse (*Konkursgläubiger*) consiste dans le droit de préférence qu'il exerce sur les deniers de la liquidation — après collocation des créanciers armés d'un droit réel — aux dépens des chirographaires non privilégiés. Cependant, pour avoir une vue générale et claire sur l'ensemble des créanciers, nous préférons exposer ici la nature de ces créances.

Précisons tout d'abord le sens du terme créanciers privilégiés. Sous cette dénomination, nous entendons les créanciers à privilège général qui n'ont en somme qu'un droit de paiement préférentiel, un *privilegium personale*, *privilegium inter chirographos*, tel qu'il existait au droit romain ⁽¹²⁾. Les privilèges mobiliers spéciaux de l'article 2102 du Code civil français ont une tout autre nature.

155. — Ces derniers privilèges sont classés en France

(12) V. GIRARD, *op. cit.*, p. 976-977.

en deux grands groupes: d'une part ceux basés sur la notion de constitution de gage expresse ou tacite au profit du créancier, d'autre part, ceux fondés sur une idée de plus-value, de mise dans le patrimoine du débiteur (privilège des frais faits pour la conservation de la chose, privilège du vendeur). Les législations qui rentrent dans le cercle de notre étude maintiennent en principe les privilèges mobiliers spéciaux dérivés de la notion du gage, tandis qu'elles écartent, pour des raisons de crédit, les privilèges mobiliers de la dernière catégorie. (Voir infra N° 166 et suiv.)

Cependant, presque partout le législateur a éprouvé le besoin d'édicter, en cas de faillite, des règles particulières pour l'un d'entre eux: le privilège du bailleur d'immeuble; c'est qu'ici, à raison du caractère successif du contrat de bail, la question de privilège se complique d'une question de résolution de contrat. (Voir infra n° 179 et suiv.).

156. — L'effet le plus important de la faillite, en ce qui concerne les droits des créanciers, est le classement des créances. Le chemin qui conduit au paiement des créanciers est indiqué par la règle suivante: tant que dure la procédure de faillite, les créanciers ne peuvent ni se faire payer, ni changer le rang établi par la loi. Le jugement déclaratif de faillite empêche l'application du principe : *prior tempore potior jure*.

Toutes les créances reconnues et vérifiées sont classées en rangs. Le rang dépend de la créance et, pour déterminer la classe, le législateur a pris en considération plusieurs motifs; l'équité, les sentiments d'hu-

manité, les considérations sociales jouent un rôle important. En se basant sur de tels motifs, le législateur, dans ces derniers temps, a exclu plusieurs créanciers de la faillite, comme le donataire auquel la loi serbe reconnaissait le droit de réaliser sa créance dans la procédure de faillite (Voir N° 140).

157. — La législation des faillites, en favorisant quelques créances, porte atteinte aux autres créanciers et, plus la loi élargit le nombre des créances privilégiées, plus elle s'éloigne du véritable but de la faillite: le paiement proportionnel de tous les créanciers. Les lois d'origine ancienne prévoient un nombre assez élevé de créanciers privilégiés; ainsi en France (Code civil, art. 2101 et suiv.) et en Italie (art. 1955 et suiv. du Code civil), l'énumération des privilèges est longue; les anciennes lois serbe (de 1861) ⁽¹³⁾ et autrichienne (de 1868) divisaient les créances en cinq rangs dont chacun comprenait un grand nombre de créances; tandis que les lois plus récentes attestent une évolution tendant de plus en plus à restreindre le nombre des privilèges. Ainsi la loi allemande de 1898

(13) Voici les cinq rangs des créances privilégiées de l'ancienne loi serbe : 1° les impôts, les frais funéraires, les salaires des gens de service et les frais médicaux et pharmaceutiques (art. 14) ; 2° les créances des personnes physiques (mineurs) ou morales (église, hôpital) contre leur administrateur, créances résultant de la mauvaise gestion du patrimoine ; ensuite les créances de l'Etat contre les fonctionnaires (art. 15) ; 3° ce rang comprenait tous les créanciers chirographaires ; 4° les intérêts échus au cours des trois ans qui précédaient la déclaration de faillite et qui n'étaient pas incorporés dans la créance principale ; 5° les créances de l'enfant mineur de 14 ans pour les aliments, les créances de l'épouse du failli pour ses droits de veuve, les créances des donataires et les créances résultant des peines pécuniaires.

a six classes ⁽¹⁴⁾, mais dont les cinq premières sont assez étroites. De même la loi croate de 1897 n'avait que trois classes ⁽¹⁵⁾ et les nouvelles lois autrichienne (de 1914) et yougoslave (de 1929) n'en ont pas un plus grand nombre.

Dans les pays qui ne connaissent que la faillite commerciale, les règles relatives aux privilèges et à leur rang sont contenues dans le Code civil. Ainsi en France ce sont les articles 2101 à 2103 du Code civil qui s'occupent des créances privilégiées, en Italie les articles 1955 à 1963 du *Codice civile*. Dans les autres pays, au contraire, tout débiteur civil ou commerçant peut être déclaré en faillite. Si donc plusieurs créanciers sont en face d'un débiteur insolvable et s'ils ne règlent pas leur situation respective à l'amiable, la faillite peut être déclarée. C'est donc dans la procédure de faillite que se présente l'intérêt du rang d'une créance et partant c'est la loi de la faillite qui détermine les créances privilégiées ⁽¹⁶⁾.

La loi serbe de 1861 divisait les créanciers en cinq rangs dont les deux derniers n'arrivent jamais en fait

(14) Les six « classes » de la *Konkursordnung* allemande (art. 61) sont les suivantes : 1° les salaires des gens de service et les indemnités de travail résultant de la loi sur les assurances sociales (art. 28, al. 3, de la loi du 5 décembre 1924) ; 2° les contributions publiques du Reich, de l'Etat et de la commune, échues dans l'année qui a précédé la déclaration de faillite ; 3° les impositions des institutions publiques (églises, écoles, associations d'intérêt public) ; 4° les frais médicaux de la dernière année ; 5° les créances résultant de la représentation légale (tutelle, curatelle), et 6° les créances simples.

(15) V. n° 164, note 22.

(16) Les articles qui s'y réfèrent sont les suivants : art. 61 de la K. O. allemande (V. note 14 ci-dessus) ; art. 51 à 53 de la loi autrichienne (qui correspondent aux art. 50 à 52 de la loi yougoslave, V. n° 159 et s.) ; les art. 60 à 63 de la loi hongroise (V. note 22 ci-dessus).

en ordre utile (art. 14 à 19). La loi croate, bien qu'elle ne distinguât que trois classes, avait le même défaut de bâtir dans le vide en supposant qu'après le paiement des créanciers ordinaires on pouvait encore prévoir satisfaction pour quelques créances de rang inférieur, comme par exemple les intérêts échus avant l'ouverture de la faillite, mais non payés avec la créance principale (art. 50 à 52). Or, après le paiement intégral des créanciers ordinaires, il ne reste pas grand'chose.

158. — La nouvelle loi yougoslave (art. 50 à 52), en se basant sur l'expérience antérieure, a adopté un point de vue plus réaliste. Elle a exclu de la faillite certaines créances, mais elle s'est bien gardée de donner à quelques-uns des créanciers en concours des espérances qui ne soient que des espérances illusoires. Elle a fait rentrer tous les créanciers non privilégiés dans la dernière catégorie, donnant ainsi l'espoir à tous d'être payés en partie.

Les trois rangs qu'elle prévoit sont les suivants:

159. — 1° L'article 50 fixe la liste des créanciers qui doivent être payés avant tous les autres. Ils peuvent être classés en deux groupes:

a) En concédant un rang privilégié à certaines créances présentant un caractère alimentaire ou de nature analogue pour le débiteur et les membres de sa famille, la loi vient en aide au débiteur malheureux et lui procure le crédit dont il a besoin pour trouver un tiers qui consente à lui faire les avances indispensables. Pour ce motif d'humanité sont privilégiés les

frais funéraires correspondant aux usages locaux et à la situation sociale du débiteur s'il est mort avant la déclaration de faillite. Si le débiteur est mort après la déclaration de faillite, alors ces frais sont des dettes de la masse et sont ainsi payés avant toutes les autres créances ⁽¹⁷⁾ (al. 1^{er}). (Voir infra N° 201, f.) Au contraire, en Autriche (art. 51 de la *Konkursordnung* de 1914), cette distinction n'existe pas et les frais funéraires rentrent toujours dans le premier rang.

Sont encore privilégiées de ce chef les créances des médecins, sages-femmes, garde-malades et pharmaciens pour les services et fournitures faits dans l'exercice de leurs fonctions, non pas seulement au profit du débiteur ou de sa famille, mais au profit des personnes employées dans son ménage, dans son entreprise ou dans sa propriété, si ces services et fournitures ont été exécutés dans l'année qui a précédé la déclaration de faillite ou la mort du débiteur (al. 3).

b) D'autres créances ont un caractère alimentaire, non plus pour le débiteur, mais pour le créancier lui-même. Ici c'est la considération de l'intérêt du créancier qui détermine la loi à donner à ces créances un rang privilégié. Il s'agit des salaires et d'autres rémunérations des personnes qui ont été au service du débiteur, ainsi que des indemnités provenant de la résiliation du contrat de service avant le terme convenu autant qu'elles ne dépassent pas le montant des

(17) Selon ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, ad. § 50, note 15, les services et fournitures faits dans l'intervalle de la mort du débiteur et de la déclaration de faillite de la succession restent impayés.

rémunérations annuelles. La créance est privilégiée pour l'année qui a précédé la déclaration de faillite et, si le débiteur est mort avant la déclaration de faillite, pour l'année précédant sa mort *et* pour le temps entre sa mort et l'ouverture de la faillite. Ensuite viennent les créances des agents de commerce pour leurs frais faits au comptant et leurs provisions autant que ces créances ont été acquises ou échues au cours de l'année précédant la déclaration de faillite.

Toutes ces créances — à l'exception des frais des agents de commerce faits au comptant — sont comprises dans le premier rang, mais jusqu'à concurrence de 20.000 dinars seulement pour chacun des créanciers. Le reste peut être réalisé comme créance ordinaire et rentre ainsi dans le troisième rang (al. 2).

160. — 2° Entre les créances privilégiées susmentionnées et les créances ordinaires sont classées certaines créances considérées aussi comme privilégiées et que l'article 51 divise en trois groupes formant le deuxième rang de créances.

a) Tout d'abord, toutes les contributions publiques échues au cours des trois dernières années avant la déclaration de faillite si elles ne sont pas payées sur les biens auxquels elles se rapportent. L'expression de *contributions publiques* est prise *lato sensu*, elle comprend non seulement les contributions de l'Etat, de la banovine et de la commune, mais aussi les droits que prélèvent, en vertu de la loi, certaines organisations légales comme par exemple les Chambres de commerce, l'Ordre des avocats, des notaires, des mé-

decins, des communautés religieuses, etc... Sont assimilées aux contributions publiques les créances que l'administration centrale des assurances ouvrières possède vis-à-vis de l'entreprise du débiteur failli ainsi que des cotisations d'assurance prévues par d'autres lois ⁽¹⁸⁾.

b) Sont ensuite privilégiées, en cas de faillite d'une institution de crédit recevant les dépôts d'épargne, les créances en restitution de ces dépôts et cela jusqu'à concurrence de 10.000 dinars pour chacun des déposants. Pour ce qui est au-dessus de 10.000 dinars, le déposant peut produire comme créancier ordinaire, rentrant ainsi dans le troisième rang. Si une personne possède plusieurs dépôts d'épargne, elle n'obtiendra remboursement dans ce rang que jusqu'à la somme de 10.000 dinars, quel que soit le nombre de ses dépôts.

Ce privilège, motivé par la protection de la petite épargne, constitue une nouveauté dans le droit yougoslave de la faillite ; il a été ignoré de toutes les lois qui ont été précédemment en vigueur en Yougoslavie.

Qu'arrive-t-il si une personne constitue plusieurs dépôts sous des noms différents? Nous trouvons la réponse dans l'article 73 de la loi sur le concordat préventif: « Autant que le Code pénal ne prévoit pas des peines plus graves, seront considérés comme délits de droit commun et punis d'emprisonnement

(18) V. plus particulièrement l'art. 157 de la loi du 14 mai 1922 sur les assurances ouvrières qui dit : « Lorsqu'une entreprise est en état de faillite, les créances de l'administration centrale d'assurances ouvrières, concernant l'administration, les comptes et les abus de la *caisse d'assurances*, bénéficieront du même rang que les contributions publiques ».

sévère jusqu'à deux ans: ... 3° le fait que le déposant a fait inscrire sous des noms différents plusieurs dépôts d'épargne avec l'intention d'obtenir, de la sorte, le paiement par priorité d'une somme plus élevée que celle à laquelle il a droit d'après l'article 65 » (de la loi sur le concordat préventif). Et la loi d'introduction de la loi sur la faillite dispose, dans son article 15, que l'alinéa 3 de l'article 73 de la loi sur le concordat préventif sera appliqué aux cas prévus par l'alinéa 2 de l'article 51 de la loi sur la faillite.

c) Sont enfin privilégiées jusqu'à la somme de 30.000 dinars, les créances en dommages-intérêts qu'ont les mineurs contre leur représentant légal (père, tuteur ou curateur) pour avoir irrégulièrement géré leur patrimoine. Mais cette créance ne rentre dans ce deuxième rang que si le procès a été intenté au cours des deux années ayant suivi la fin de la gestion ⁽¹⁹⁾.

161. — Les créances privilégiées énumérées par les articles 50 et 51 doivent être en principe entièrement payées avant la répartition de l'actif entre les autres créanciers. Le concordat ne peut pas les toucher et ne saurait empêcher qu'ils soient entièrement payés. Par contre, les titulaires de ces créances n'ont pas le droit de voter sur l'acceptation ou le refus de la proposition du concordat, car ils n'y ont aucun intérêt ⁽²⁰⁾.

(19) Le privilège des mineurs et interdits a été supprimé par la législation autrichienne lors de la réforme de 1914. Le moyen employé par la loi française pour garantir les créances des mineurs et interdits, résultant de la reddition de compte de tutelle, consiste dans une hypothèque générale et occulte grevant la généralité des immeubles du tuteur (art. 2121, 2° du Code civil).

(20) Cfr. art. 508 du Code de Com. français ; art. 834, al. 5 du Code de Com. italien ; art. 173 de la K. O. allemande ; art. 150 de la loi autrichienne et art. 214, al. 2 de la loi hongroise.

162. — 3° Le troisième rang n'est plus un rang privilégié, il comprend tous les créanciers non classés ailleurs. Puisque les deux premiers rangs sont exceptionnels, il s'ensuit que ce troisième ordre est toujours le plus important.

Les créanciers ayant un privilège général, énumérés ci-dessus, sont payés sur les biens qui restent après le paiement des créanciers ayant des sûretés spéciales (gage mobilier ou hypothèques). En France et en Italie, au contraire, si les privilèges généraux passent après les privilèges mobiliers spéciaux — tout au moins après ceux qui reposent sur une idée de gage — ils priment au contraire les hypothèques (art. 2105 du Code civil français; art. 1953 du Code civil italien).

163. — En ce qui concerne le rang des créances, la loi de 1929 s'est écartée des législations antérieures sur deux points fondamentaux, en posant les deux principes suivants : 1° les créances du même rang sont payées au marc le franc; 2° les créances accessoires viennent dans le même rang que la principale.

164. — 1° Paiement des créances du même rang au prorata de leurs créances. Cette règle, dont nous retrouvons l'équivalent dans les lois autrichienne (art. 50) et allemande (art. 61), est contenue dans l'article 49 ⁽²¹⁾. Tant qu'il y a des créanciers de premier rang, ceux du rang suivant ne seront point payés.

(21) Il en était de même dans le droit serbe ; v. MITROVIC, *op. cit.*, p. 104 et s.

Mais dans les limites du même rang c'est l'égalité qui règne.

D'autres législations, au contraire, donnent une énumération des créances préférées et c'est selon leur place dans cet ordre d'énumération que les créances doivent successivement être entièrement payées. Ainsi, aux termes de l'article 2101 du Code civil français, « les créances privilégiées s'exercent dans l'ordre suivant »; en suite vient l'énumération des privilèges généraux; selon l'article 1956 du Code civil italien, « ont privilège sur la généralité des meubles, dans l'ordre suivant, les créances concernant: 1° les frais de justice... », etc. De même la loi hongroise, qui a été suivie par la loi croate (art. 51), déclare dans son article 61: « si le patrimoine de la faillite ne suffit pas pour payer les créanciers énumérés dans le premier rang, ils seront colloqués selon leur place dans cette énumération » ⁽²²⁾.

165. — 2° L'accessoire suit le principal. Cette règle, bien qu'elle soit adoptée par la plupart des lois étrangères (cfr. Allemagne K. O., art. 62; Autriche K. O., art. 54) était inconnue de l'ancienne loi serbe (art. 18) et croate (art 53), ainsi qu'elle est encore ignorée par

(22) Le classement de la loi *hongroise*, qui a été reproduit dans la loi *croate*, abrogée, celle-ci, par la nouvelle loi yougoslave de 1929, est le suivant : le *premier rang* comprend quatre classes : le salaire des gens de service ; les frais funéraires ; les contributions publiques et, enfin, les créances du pupille contre le père, tuteur ou curateur (art. 60 ; et art. 50 de l'ancienne loi croate) ; dans le *deuxième rang* rentrent les créances ordinaires, payés au marc le franc (art. 62 ; et art. 52 de la loi croate) ; viennent au *troisième rang* les intérêts et les rentes qui ne sont pas payés avec la créance principale (art. 63 ; et art. 53 de la loi croate).

la loi hongroise (art. 63). Ces dernières lois distinguaient deux sortes d'intérêts; les uns qui suivaient le rang de la créance principale, et les autres (intérêts échus dans un certain délai avant la déclaration de faillite, mais non encore prescrits), auxquels un rang spécial était réservé. La loi yougoslave actuelle déclare dans son article 53: « les créances accessoires (intérêts, dommages-intérêts et peines contractuelles), nées avant la déclaration de faillite, viennent dans le même ordre que la créance principale ». Notons encore que les créances d'une personne qui a payé les dettes du débiteur failli viennent dans le même rang auquel pourrait venir la dette payée (art. 53, al. 2).

Troisième section

DES CRÉANCIERS A PRIVILÈGE SPÉCIAL

166. — Les créanciers du failli peuvent être divisés en deux catégories: ceux qui ont suivi la foi de leur débiteur, les créanciers chirographaires, les créanciers dans la masse et ceux qui ont pris la précaution d'assurer leur paiement par une sûreté et qui se font payer en dehors de la procédure de faillite.

Mais la faillite, qui limite les droits du débiteur et qui influence aussi le crédit public, ne peut pas laisser intangibles les droits des créanciers ayant une sûreté spéciale.

Nous énumérons tout d'abord les créanciers armés par la loi yougoslave d'un privilège spécial, et nous

examinerons ensuite quelle est leur situation durant la faillite de leur débiteur.

Les créanciers investis d'un droit de gage ou d'un autre droit assimilé au droit de gage, les *separatisti ex jure crediti*, sont les suivants :

1° Les créanciers hypothécaires.

2° Les créanciers en possession d'un bien mobilier du débiteur garantissant la créance.

3° Ceux qui ont un droit de rétention conventionnel ou légal. Le droit de rétention est, en effet, une sûreté réelle: le détenteur d'une chose appartenant à autrui est autorisé à la retenir jusqu'au paiement d'une dette qui lui est dûe par le propriétaire de cette chose. D'après les principes du droit civil, le *jus retentionis* étant une voie de fait, il ne confère pas aux créanciers le droit de faire vendre la chose retenue et de se faire payer par une préférence sur le prix. Mais, en cas de faillite, le législateur écarte cette règle et dispose qu' « en ce qui concerne le droit de rétention, il en est procédé de la même manière que lorsqu'il s'agit d'un droit de gage » (art. 10, al. 2).

Cependant le droit de rétention du bailleur d'immeuble subit des restrictions en cas de faillite du preneur. Les Codes civils en vigueur en Yougoslavie (art. 1101 du Code civil croate, art. 686 du Code civil serbe, art. 295 et 308 du Code civil monténégrin) reconnaissent au bailleur d'immeuble un droit de gage sur les meubles du preneur. Ce droit est limité par l'article 47, al. 4, de la loi sur la faillite, qui dispose que « si le débiteur tombe en faillite, le bailleur ne peut réaliser son privilège qu'en ce qui concerne le

oyer de la dernière année » ⁽²³⁾. Mais notons que cette restriction ne s'applique pas au privilège du bailleur d'un immeuble destiné à l'exploitation agricole.

4° Ceux qui ont une propriété fiduciaire, une *fiducia cum creditore*. Le contrat de fiducie est valable d'après le Code civil allemand, tandis que la jurisprudence autrichienne hésite, mais, en général, n'en reconnaît pas la validité à cause de l'article 1431 du Code civil qui exige une cause objective pour la validité du contrat de tradition. Cette jurisprudence applicable avec le Code civil autrichien sur une grande partie du territoire yougoslave, ne pouvait être maintenue en matière de faillite sans multiplier les procès inutiles et prolonger ainsi la procédure de faillite. La nouvelle loi yougoslave met fin à cette incertitude. Elle déclare, dans son article 10, al. 3, que le transfert de propriété en vue de garantir une dette sera considéré comme un droit de gage, donnant ainsi droit aux créanciers de se faire payer par privilège sur le prix de l'objet ⁽²⁴⁾. Ce contrat pignoratif est nul en France ⁽²⁵⁾.

(23) Cfr. art. 550 du Code de Com. français ; art. 773 du Code de Com. italien ; art. 49 de la *Konkursordnung* allemande ; art. 48 de la loi autrichienne et art. 57 de la loi hongroise. — V. THALLER, *Droit Commercial*, p. 1193 et s. ; COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, II, p. 810 ; KOHLER, *op. cit.*, p. 164 ; BARTSCH, *op. cit.*, p. 19 ; KATONA, *op. cit.*, ad § 57 et la jurisprudence citée.

(24) Cfr. l'arrêt de la Cour Suprême autrichienne, toutes Chambres réunies, du 15 janvier 1929, rapporté par ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, ad § 10, n° 16 : « Les dispositions de l'art. 10 déterminent les effets de la propriété fiduciaire, mais la loi ne dit pas la forme dans laquelle ces contrats doivent être faits. La Cour Suprême considère, contrairement à sa jurisprudence antérieure, que la forme nécessaire de ces contrats est celle qui est prescrite par le Code Civil pour la constitution d'un droit de sûreté réelle. »

(25) Cfr. ar. 2088 du Code Civil ; Cour de Cassation française, 28 avril 1857, D. P. 57, 1, 219. Répert. Dalloz, V. NANTISSEMENT, n° 229.

5° Par l'effet de la loi ont droit au paiement séparé aussi les créanciers de la succession échue au débiteur au cours de la procédure de faillite (art. 108).

6° Pareillement les créanciers d'une société commerciale en nom collectif ou en commandite bénéficient d'un paiement séparé sur le patrimoine de la société en cas de faillite d'un associé personnellement responsable (art. 144, al. 3).

La loi reconnaît le droit de gage en cas de faillite sous condition que l'objet nanti soit la propriété du débiteur, que le nantissement remplisse les conditions légales et qu'il existe déjà au moment de la déclaration de faillite. La source du droit du créancier est sans importance; la loi assimile les droits de gage judiciaire et légal à celui qui résulte du gage contractuel.

167. — Les créanciers ayant une sûreté réelle bénéficient d'une priorité sur l'objet destiné à garantir leur créance. Ainsi nous voyons que dans la masse de la faillite il y a plusieurs masses distinctes: autant de masses spéciales qu'il y a des sûretés différentes. Chaque fraction du patrimoine qui est affectée au paiement d'un seul créancier ou d'un groupe de créanciers forme une masse spéciale. Ainsi, par exemple, un objet donné en gage à un seul créancier ou un objet retenu par un créancier ayant le droit de rétention légale, forment une masse spéciale. Une masse spéciale peut être composée de la sorte de tous les immeubles du failli s'ils sont tous grevés d'hypothèque au profit des mêmes créanciers hypothécaires.

Le terme « masse spéciale » peut être pris encore.

dans un autre sens. Il y a en effet certains biens qui sont insaisissables à l'égard des créanciers ordinaires, mais que certains créanciers peuvent bien saisir; ainsi, par exemple, les créanciers d'aliments peuvent saisir le minimum de subsistance du débiteur. S'il y a plusieurs créanciers ainsi privilégiés et que le minimum de subsistance réservé au débiteur ne suffise pas à leur paiement, cette masse spéciale peut entrer elle aussi dans la procédure de faillite, sans se confondre avec la masse générale. Ces créanciers privilégiés ont certainement le droit de produire dans la faillite du débiteur. Mais s'ils obtenaient de la masse générale le paiement de leurs créances, les autres créanciers subiraient de ce chef une perte injustifiée; car ceux-ci ne peuvent pas saisir le minimum de subsistance. De cette manière, le débiteur serait avantagé aux dépens de ses créanciers. Et pour cette raison les lois de faillite contiennent le principe suivant: le créancier ayant droit de se faire payer sur une masse spéciale ne peut produire sa créance dans la procédure de faillite que pour le reliquat de sa créance qui ne lui serait pas payé à la répartition des sommes provenant de la réalisation de la masse spéciale.

De quelle manière sont payés les créanciers ayant un privilège spécial? Nous remettons l'étude de cette question (Voir N° 291). Notons toutefois que le créancier privilégié ⁽²⁶⁾ a le droit de réaliser sa créance indépendamment et en dehors de la procédure de faillite. Lorsque le débiteur n'est pas obligé personnellement

(26) Nous entendons, dans cette section, par créancier privilégié, tout créancier ayant un privilège spécial.

à la dette (il est par exemple le tiers acquéreur d'un immeuble grevé d'hypothèque), le créancier n'a comme gage que le bien grevé. Si, au contraire, le débiteur s'est obligé personnellement, le créancier privilégié a, en principe, les mêmes droits qu'un créancier ordinaire ⁽²⁷⁾.

En effet, les créanciers privilégiés ayant une créance personnelle contre le débiteur sont de véritables créanciers du failli lorsqu'ils font présumer que leur créance ne sera pas entièrement payée sur l'objet donné en gage et pour le reliquat veulent être payés comme créanciers ordinaires. Ainsi ils ont le droit de demander la déclaration de faillite (art. 70, V. supra N° 59), ils ont le droit de vote aux assemblées des créanciers (art. 102, al. 2, V. N° 102), ils sont soumis à la procédure de la vérification des créances (art. 115, al. 3, V. N° 227), en cas d'union ils participent à la répartition de l'actif pour ce qui ne leur est pas payé à la réalisation de leur masse spéciale (art. 144 et 149, V. N° 291), enfin, pour le reliquat, ils prennent part au vote du concordat qui aura envers eux les mêmes effets qu'envers les créanciers du troisième rang (art. 161, V. N° 179).

168. — Ces mêmes créanciers, qu'ils aient ou non une créance personnelle, ne sont point des créanciers dans la masse pour ce qui leur sera payé à la réalisation de leur sûreté; leur qualité de créancier privilé-

(27) La nouvelle loi yougoslave diffère à ce point de vue de l'ancienne loi serbe qui ne permettait aux créanciers à privilège spécial la réalisation de leur droit qu'à la répartition de l'actif entre les créanciers. Toutefois ils gardaient leur droit de préférence sur le prix. V. MITROVIC, *op. cit.*, p. 131 et s.

gié ne sera influencée ni par la procédure de faillite (art. 11, al. 1^{er}), ni par le concordat (art. 153 et 161, V. N° 261).

169. — Cependant la règle déclarant intangibles les droits des créanciers privilégiés subit deux exceptions :

1° Le tribunal de faillite ou le juge-commissaire ⁽²⁸⁾ peut ajourner à 60 jours l'adjudication forcée des biens, pour en obtenir un prix plus favorable et pour écarter les dommages qui pourraient être causés aux créanciers. Mais le temps de cet ajournement ne sera pas compté dans le délai auquel est limité le privilège de l'Etat pour les contributions publiques (art. 11, al. 2).

2° Par la déclaration de faillite, les privilèges spéciaux cessent de valoir, s'ils ont été acquis dans les 60 jours qui ont précédé la déclaration de faillite, *par l'exécution forcée* en vue de *réaliser* ou de *garantir* une créance (art. 11, al. 3). Cet article ne concerne pas les privilèges contractuels ou légaux, constitués plus de 60 jours avant la déclaration de faillite et qui, par l'exécution, ont changé de nom ou reçu une importance plus grande. Cet article ne vise que les droits de sûreté réelle acquis par l'exécution; il n'est donc applicable ni à ceux acquis par la force de la loi, ni à ceux acquis par l'effet d'un contrat. Ces derniers privilèges ne sont pas nuls de plein droit, mais ils

(28) Selon ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 45, le tribunal n'est compétent que si le juge-commissaire n'est pas encore en fonction, c'est-à-dire à l'ouverture de la faillite. Contre les décisions du juge-commissaire il n'y a pas de recours au tribunal, mais on peut faire appel à la Cour d'Appel.

sont attaquables s'il existe une des causes énumérées dans les articles 28 à 32.

Le motif qui a déterminé le législateur à déclarer nuls de plein droit les droits de sûreté réelle visés dans l'art. 11, al. 3, c'est que dans la majorité des cas ce sont les personnes vivant près du débiteur (parents, connaissances) qui sont favorisées par des constitutions de garantie dans les derniers moments avant la déclaration de faillite. Si la loi n'admettait que l'annulabilité de tels actes, cette sanction n'aurait que des inconvénients, étant donné, d'une part, l'aléa de pareils procès et, de l'autre, la perte de temps et les frais de procédure. Il semble que les mêmes considérations devraient s'appliquer aux privilèges qui résultent d'un contrat conclu avec le débiteur. Mais, si la loi déclarait ces droits conventionnels nuls de plein droit, tout crédit serait enlevé aux personnes n'ayant pas un actif solide, car elles pourraient être déclarées en faillite dans les 60 jours qui suivent la constitution du privilège et, par là, cette constitution de privilège perdrait tout effet.

Bien qu'il s'agisse d'une nullité de droit, cette nullité n'est pas définitive. Si la procédure de faillite est close d'office, selon les dispositions des articles 178 et 179, ces droits redeviennent valables (art. 11, al. 3) ⁽²⁹⁾.

(29) Voici la situation créée par la disposition de l'art. 11, al. 3, de la loi sur la faillite, d'après l'arrêt de la Cour Suprême autrichienne, du 20 juillet 1926, rapporté par ZUGLIA-VERONA, *op. cit.*, p. 50, n° 29 : Lorsque, de cette façon, un droit de sûreté réelle redevient valable, il est considéré comme s'il n'avait jamais cessé d'exister. Mais si, après la cessation de la validité de ce droit, l'objet vien à être aliéné, l'acquéreur acquiert un droit de propriété franc de cette charge.

Une exception est faite à la nullité des droits sus-mentionnés : exception au profit du privilège de l'Etat pour les contributions publiques. A part l'intérêt du fisc, qui est toujours protégé par la loi, les motifs présentés plus haut pour justifier l'annulabilité de ces droits ne sont certainement pas applicables dans notre cas.

Après la déclaration de faillite, nul ne peut acquérir aucun droit par une action en justice tendant à réaliser ou à garantir une créance (art. 10, al. 1^{er}). Il ne s'agit ici que des droits de sûreté judiciaire acquis contre la volonté du débiteur ⁽³⁰⁾. Qu'une sûreté réelle conventionnelle ne puisse être constituée après l'ouverture de la faillite, cela découle des règles générales du dessaisissement d'après lesquelles tout acte du débiteur concernant son patrimoine soumis à la procédure de faillite est sans effet à l'égard des créanciers.

La déclaration de faillite ne met pas fin aux inscriptions dans les livres fonciers. Les inscriptions et mentions peuvent être permises et faites même après la déclaration de faillite lorsque la demande d'inscription est arrivée aux autorités compétentes avant l'ouverture de la faillite. L'admissibilité de ces inscriptions ne dépend donc pas de ce que l'inscription a été faite ou que l'autorisation judiciaire a été accordée avant ou après l'ouverture de la faillite, mais de ce que le jour qui détermine leur rang est antérieur ou postérieur à la déclaration de faillite (art. 12). Ce jour est

(30) L'art. 10, al. 1^{er}, ne s'applique pas aux privilèges qui ont leur source dans la loi ; V. Cour Suprême autrichienne, 26 février 1929, cité par ZUGLIA-VERONA, *op. cit.*, p. 42, n° 1.

celui où la demande en inscription arrive au tribunal compétent. Lorsque la demande est présentée le jour même où la faillite est déclarée, elle ne recevra pas de suite ; car la déclaration de faillite rétroagit au commencement du jour où le jugement déclaratif a été publié (art. 1^{er}, V. N° 68).

170. — En comparant les dispositions des lois étrangères nous constatons que les droits des créanciers privilégiés sont à peu de différence les mêmes dans tous les pays.

En France tous les créanciers ayant une sûreté réelle (gage, hypothèque) conservent leur droit de saisir l'objet donné en gage ou l'immeuble hypothéqué indépendamment de la procédure de faillite (art. 548 et 571 du Code de com.). La jurisprudence décide que le créancier gagiste, ayant bénéficié de la déchéance du terme, peut demander la vente de son gage tout de suite après la déclaration de faillite, même si sa créance était à terme. Les créanciers privilégiés ou hypothécaires ne sont obligés de se soumettre aux formalités que lorsqu'ils veulent prendre part à la distribution des deniers appartenant à la masse chirographaire, et non lorsqu'ils se bornent à poursuivre la réalisation du gage qui leur est spécialement affecté ⁽³¹⁾.

Aux termes de l'art. 800 du Code de com. italien, « à partir de la déclaration de faillite, aucun créancier

(31) V. Cour de Cassation française, 19 juin 1889, D. P., 89, 1, 377. — Cour de Cassation française, 1^{er} décembre 1897, D. P., 98, 1, 166. V. la note de M. Percerou, D. P., 1901, 1, 409.

ne peut procéder à l'expropriation forcée des immeubles, *ancorchè avesse sui medesimi privilegio od ipoteca...* ». Mais la loi italienne reste muette quant à l'exécution forcée sur les meubles donnés en gage. Cependant tout le monde reconnaît que les créanciers à gage mobilier ne peuvent intenter aucune action tendant à l'exécution forcée de leur gage mobilier. « Admettre le contraire serait placer les créanciers hypothécaires ou privilégiés sur immeubles dans des conditions moins favorables que les créanciers à gage mobilier » ⁽³²⁾.

Ces créanciers sont assujettis à suivre la procédure de la vérification des créances. (V. art. 760, al. 1^{er}, et 776 du Code de com. italien) ⁽³³⁾.

Dans les autres pays, les créanciers ont le droit de réaliser leur gage indépendamment de la procédure de faillite : *Die abgesonderte Befriedigung erfolgt unabhängig vom Konkursverfahren*, déclare l'article 4, al. 2, de la *Konkursordnung* allemande; le même principe est contenu dans l'art. 11 de la *Konkursordnung* autrichienne et dans l'art. 54 de la loi hongroise. Ces créanciers ne sont obligés de suivre la procédure de la vérification des créances que lorsque leur gage ne suffit pas à les désintéresser complètement et qu'ils veulent obtenir le reste de la masse de la faillite, en qualité de créanciers personnels du failli ⁽³⁴⁾. Mais dans ces pays-là, à la différence de la jurisprudence française,

(32) VIDARI, *op. cit.*, VIII, n^{os} 7566 et 8123 et s.

(33) Cfr. VIDARI, *op. cit.*, VIII, n^o 7875.

34. Cfr. art. 64 de la K. O. allemande ; art. 48, al. 3 de la loi autrichienne (V. BARTSCH, *op. cit.*, p. 48) ; art. 66 de la loi hongroise.

les créanciers à privilège spécial ne bénéficient point de la déchéance du terme ; pour la réalisation de leur gage, ils sont obligés d'attendre l'échéance de leurs créances ⁽³⁵⁾.

171. — La loi serbe de 1861 ne reconnaissait pas, aux créanciers à privilège spécial le droit de se faire payer indépendamment de la procédure de faillite. Ils étaient considérés comme des créanciers ordinaires, les avantages de leur situation spéciale ne se présentaient qu'au moment de la répartition des deniers. Aussi étaient-ils obligés de présenter leurs créances (art. 22 et 94). S'ils avaient pour sûreté un objet mobilier, leur gage devait être inscrit dans l'inventaire des biens du débiteur, mais il restait en leur possession (art. 40). Ils étaient astreints à suivre la procédure de la vérification des créances et, en venant à l'assemblée fixée à cet effet, ils devaient certifier l'existence de leur gage (art. 91). Lorsque le créancier gagiste ne se présentait pas à l'assemblée de vérification et ne s'excusait pas de son absence, le syndic pouvait le priver de son droit de préférence (art. 101).

L'objet donné en gage avait le même sort que tout le patrimoine du débiteur ; et, comme les biens du débiteur n'étaient vendus qu'après la tentative du concordat, le créancier gagiste ne pouvait pas réaliser son droit jusqu'à la vente de l'objet gagé, *bien que sa créance fût échue*.

A la vente d'un immeuble hypothéqué, le créancier

(35) V. LEHMANN, *op. cit.*, § 14 : *Unbestimmte und betagte Forderungen*.

n'était pas assuré d'être entièrement payé. Etant donné le grand nombre d'autres créances privilégiées (d'abord les frais de conservation de l'immeuble, ensuite les impôts, en troisième lieu le salaire des gens ayant servi dans l'immeuble hypothéqué, enfin les honoraires du syndic), le créancier gagiste ne venait qu'en cinquième ordre ! Et même, ainsi désavantagé, le créancier hypothécaire n'était pas payé pour toutes ses créances ; il n'y avait que la créance principale et les intérêts échus dans l'année précédant la déclaration de faillite qui fussent payés sur les sommes provenant de la réalisation de l'immeuble. Pour les intérêts antérieurs à cette année, le créancier n'était payé que comme créancier ordinaire et ces créances ne venaient que dans le quatrième rang, c'est-à-dire après le paiement de tous les créanciers chirographaires. (V. N° 157, note 13) ⁽³⁶⁾.

Après cette courte analyse de l'ancienne loi serbe, nous comprendrons mieux l'œuvre réformatrice de la loi de 1929 qui ne s'est pas bornée à unifier la législation de la faillite, mais qui a introduit dans cette partie du territoire yougoslave des principes modernes consacrés par toutes les législations étrangères.

Quatrième section

DE LA COMPENSATION

172. — Il arrive le plus souvent que les créanciers chirographaires qui produisent à la faillite ne peuvent

(36) Sur tous ces points V. MITROVIC, *op. cit.*, p. 131 et s.

pas tous être payés parce que l'actif est insuffisant. En pareil cas, il y a lieu au paiement des divers créanciers, dans la proportion du montant de leurs créances. Ainsi se trouve respecté le principe qui domine toute la procédure de faillite, celui de l'égalité entre les créanciers. C'est en vertu du même principe que, pendant la faillite, il ne saurait être effectué aucun paiement valable par le failli.

Ce sont là notions élémentaires sur lesquelles il y a accord entre toutes les législations. Mais il est en revanche une question sur laquelle se manifeste un dissentiment caractérisé entre les législations des groupes latin et germanique : l'admission ou le refus d'admission de la compensation entre une dette du failli et la dette du créancier.

En effet, la nature juridique de la compensation peut être envisagée sous deux aspects différents :

173. — La théorie française de la compensation y voit un double paiement abrégé ⁽³⁷⁾. En France, on distingue trois sortes de compensations : légale, judiciaire et conventionnelle. La compensation légale est soumise aux conditions suivantes : les deux obligations doivent exister entre les mêmes personnes ; elles doivent avoir pour objet de l'argent ou des choses fongibles *de la même espèce* ; elles doivent être liquides et exigibles. Si ces quatre conditions sont réunies, alors « la compensation s'opère de plein droit par la

(37) V. PERCEROU, *op. cit.*, n^{os} 862 à 869 ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n^o 216 ; COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, II, p. 115 et s., APPLETON : *Histoire de la compensation en droit romain*.

seule force de la loi même à l'insu des débiteurs », dit l'art. 1290 du Code civil. Il y a encore la compensation judiciaire, qui se produit en cas de demande reconventionnelle, et la compensation conventionnelle qui n'est qu'une variété de contrat et par là même soumise pour toute règle au principe de l'article 1134 du Code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». On remarque que, dans la compensation judiciaire comme dans la compensation conventionnelle, on ne se trouve pas en présence des conditions exigées pour la compensation légale, puisque l'une des deux dettes ou peut-être l'une et l'autre ne présentent pas le caractère de liquidité et d'exigibilité.

Que deviennent ces compensations en cas de faillite ? Pendant la période suspecte, est nul tout paiement fait en fraude des droits des créanciers. Mais cela suppose un paiement volontaire ; aussi la compensation demeure-t-elle possible toutes les fois qu'elle a lieu en vertu de la loi. La situation devient toute différente si l'on se place à l'époque qui a suivi le jugement déclaratif de faillite. Ici le principe qui l'emporte est celui de l'égalité entre les créanciers : aucun créancier ne peut recevoir son paiement par préférence aux autres créanciers *et comme la compensation même légale* n'est pas autre chose qu'un paiement abrégé, la règle est que la compensation légale elle-même ne peut plus avoir lieu après le jugement déclaratif. Ce n'est d'ailleurs que l'application du principe énoncé dans l'article 1298 du C. civil : « Celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la sai-

sie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation. »

Mais la jurisprudence française devait apporter des dérogations à la rigueur de cette règle et elle a construit la *théorie des dettes et quittances connexes* dans les contrats passés avec le failli. L'application la plus connue de la nouvelle théorie se rencontre en matière de compte courant. La jurisprudence a décidé qu'en vertu de l'indivisibilité du compte courant, il n'y a jamais qu'une seule créance : celle du banquier si le solde est créateur à son profit, celle du commerçant dans le cas inverse. Au jour de la déclaration de faillite on arrête donc le compte et il n'y a plus à cette date qu'une seule créance. La jurisprudence étend la même solution, en cas de faillite d'un commerçant marié, aux reprises et récompenses de la femme.

174. — La conception que le Code civil allemand se fait de la compensation est toute différente ⁽³⁸⁾. Il n'envisage pas l'utilité économique de la compensation, mais surtout son *fondement d'équité* qui en fait une *institution de garantie*. Cette théorie consiste à y voir un *droit de rétention sui generis*. En droit allemand, l'extinction respective des deux dettes réciproques ne s'opère pas *ipso jure* sitôt qu'elles coexistent, il faut pour la produire une déclaration adressée par l'une des parties à l'autre (art. 388 du Code civ. allemand). Mais une fois la déclaration faite, la compensation produit son effet *rétroactivement* (art. 389 du même code).

(38) V. SALEILLES : *Théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code Civil allemand*, nos 45 et s. ; n° 62.

D'après cette théorie, se rattachant au droit de rétention, la faillite ne mettrait pas obstacle à la compensation. Supposons une dette envers un commerçant, devenant liquide après la faillite de celui-ci. Le droit français n'admet pas que le débiteur invoque la compensation, tandis qu'en droit allemand la chose serait possible ; car il est de principe que les créanciers qui bénéficient d'une sûreté spéciale restent en dehors de la faillite.

175. — En Italie — et il en était de même en Serbie avant la loi de 1929 — la loi ne parlant pas de la compensation, la théorie française du double paiement abrégé est adoptée.

Au contraire, dans les pays dont les lois de faillite ont subi l'influence de la *Konkursordnung* allemande, la théorie du droit de rétention a prévalu. C'est ainsi que la nouvelle loi yougoslave, suivant sur ce point la loi autrichienne, a permis la compensation en cas de faillite.

176. — Aux termes de l'article 18, al. 2 de cette loi, la compensation est permise en cas de faillite, sans égard à ce qu'une des créances ou l'une et l'autre sont à terme, ou qu'elles sont conditionnelles, ou même si elles n'ont pas pour objet une somme d'argent. Dérogation importante aux règles du droit civil qui n'autorise pas la compensation entre deux créances dont l'une est exigible et l'autre ne l'est pas, ou dont l'une a pour objet une somme d'argent et l'autre non (art. 1439 et 1440 du Code civil croate). Pour toutes ces

créances sont applicables les règles que nous exposons à propos des créances à terme, conditionnelles, etc. (V. N° 219 et suiv.). Disons encore que le créancier, qui invoque en compensation une créance conditionnelle, peut être astreint par le juge-commissaire à fournir caution.

Les créances vis-à-vis desquelles la compensation est permise, ne doivent pas être produites (art. 18, al. premier). Les droits du créancier qui invoque la compensation ne sont donc pas touchés par la faillite et plus spécialement par le concordat.

Cependant la loi, dans sa générosité, ne va pas jusqu'à favoriser les abus possibles en cette matière. L'article 19 écarte, en effet, la compensation lorsque le créancier n'est devenu débiteur de la masse qu'après la déclaration de faillite, lorsque la créance n'a été acquise contre le débiteur qu'après la déclaration de faillite, ou lorsque le débiteur du failli a bien acquis la contre-créance avant la déclaration de faillite, mais seulement à un moment où il avait ou devait avoir connaissance de l'état d'*insolvabilité* de son débiteur (le failli) ou du fait qu'il avait été déposé contre lui une demande en déclaration de faillite. (Cf. art. 19 avec l'art. 32. V. N° 123.)

177. — Le refus de la compensation est toutefois écarté par l'art. 19, al. 2 :

1° lorsque la contre-créance a été acquise au moins six mois avant la déclaration de faillite — exception motivée par sécurité du commerce ;

2° lorsque le débiteur du failli a été obligé d'acquies-

rir la créance, mais qu'*au moment de l'engagement*, il n'avait ni ne devait avoir connaissance de l'insolvabilité du débiteur (le failli) ou du fait qu'il avait été déposé contre lui une demande en faillite. Nous croyons, bien que la loi n'en parle pas, que lorsque cet engagement a été pris par le débiteur du failli six mois avant la déclaration de faillite, alors la connaissance ou l'ignorance coupable de l'insolvabilité ne joue plus aucun rôle ;

3° enfin la compensation est permise en ce qui concerne les créances nées après la déclaration de faillite en vertu des articles 21 à 25. (V. infra N^{os} 182 et suiv.).

178. — La loi comporte encore une disposition contre le créancier qui a cédé une créance à une personne résidant à l'étranger. Selon l'art. 20 — et mentionnons qu'il n'y a pas de règle analogue dans la loi autrichienne — si le cessionnaire de cette créance peut invoquer, selon la loi de son pays, la compensation à l'égard d'une dette qu'il devrait payer à la masse, c'est le cédant qui répondra envers la masse de tous dommages résultant de ce fait. Toutefois, si la créance a été cédée avant la déclaration de faillite, le créancier n'est responsable que si, au moment de la cession, il avait ou devait avoir connaissance de l'insolvabilité du failli.

Comme nous le voyons, les dispositions de la loi yougoslave diffèrent beaucoup des règles admises en cette matière en France et en Italie. Les articles 18 à 20 ont leurs équivalents dans la *Konkursordnung* allemande (art. 53 à 56), dans la *Konkursordnung* autri-

chienne (art. 19 et 20), dans la loi hongroise (art. 38 à 40) et dans l'ancienne loi croate (art. 23 à 26).

Cinquième section

CRÉANCIERS AYANT UN DROIT DE RÉOLUTION

EXÉCUTION DES CONTRATS BILATÉRAUX

179. — La procédure de faillite a pour but la répartition des biens entre les créanciers. A cet effet, il faut procéder à la formation de l'actif et du passif ; il faut liquider les droits des créanciers, droits résultant des contrats valablement passés avec le failli antérieurement à la déclaration de faillite. Que deviennent, en effet, les contrats synallagmatiques par suite de la déclaration de faillite ? Les contrats unilatéraux ne subissent pas de modifications par l'effet de la faillite. Ainsi le failli avait prêté de l'argent à terme. Le contrat subsiste cela va de soi. Mais il y a des difficultés et la situation devient plus complexe lorsqu'on se trouve en présence d'un contrat synallagmatique.

Toutes les lois de faillite reconnaissent le principe que l'ouverture de la faillite n'influe point sur la validité du contrat. Cependant, le débiteur failli ne se trouvant plus dans la possibilité d'exécuter ses engagements patrimoniaux, le tiers contractant a-t-il le droit de demander l'exécution du contrat ou, à défaut, la résolution ? Les diverses législations, tout en s'accordant à reconnaître le principe que la faillite laisse subsister le contrat et qu'il n'y a pas lieu à la résiliation de plein droit par le seul effet de la faillite, don-

nent des solutions différentes au problème soulevé par le droit de résolution.

180. — Au principe que la faillite laisse subsister le contrat, l'article 1184 du Code civil français apporte un puissant correctif. Aux termes de cet article, il y a lieu à la résolution judiciaire du contrat toutes les fois que l'une des parties manque à ses engagements. Et, comme dans la plupart des cas, la faillite met le failli dans l'impossibilité de les exécuter, il y aura donc place à la résolution du contrat. Solution susceptible de devenir très avantageuse pour le tiers qui a traité avec le failli. Il y avait eu, par exemple, vente d'un immeuble de la part du tiers au failli. Comme le prix ne sera pas payé, le tiers demandera la résolution du contrat. Elle lui permettrait naturellement de reprendre la totalité de l'immeuble et il échapperait ainsi au danger de la faillite.

Mais tout cela suppose que la faillite n'exécute pas le contrat. Si le syndic dans l'intérêt même de la faillite juge plus opportun d'exécuter le contrat, le tiers ne pourra pas alors exercer l'action en résolution. Le tiers change alors en quelque sorte de qualité ; il n'est plus à proprement parler un créancier dans la masse ; il est un créancier de la masse et il a droit à son paiement par préférence aux autres créanciers.

Des restrictions aux règles générales sont édictées dans quelques articles éparpillés dans le Code civil (art. 1865 pour les sociétés, art. 2003 pour le mandat) et le Code de com. (art. 346 pour les assurances maritimes, les art. 450 et 550 pour le bail d'immeuble, les art. 550, 576 à 579 pour la vente mobilière).

Les droits du bailleur d'immeuble subissent une forte atteinte en cas de faillite. Avant la loi du 12 février 1872, le bailleur avait des droits exorbitants contre la masse. Par suite de la déchéance du terme, le bailleur pouvait produire pour tous les loyers à échoir qui sont en effet autant de créances à terme. La loi de 1872, modifiant l'art. 550 du Code de com., est partie d'un triple point de vue :

a) elle accorde un délai de réflexion au syndic (huit jours à partir de l'expiration des délais donnés pour la vérification des créances) pour examiner s'il veut continuer le bail ou le résilier ;

b) elle pose ensuite le principe que le syndic peut à son gré continuer le bail ou le résilier ;

c) enfin elle établit certaines limitations aux droits du bailleur : quand la masse est disposée à entretenir le bail, mais que le bailleur préfère rentrer de suite en possession de son immeuble et poursuit la résiliation (ce qu'il ne peut faire du reste qu'en vertu d'une clause expresse du contrat de bail ou s'il existe en sa faveur quelque cause de résiliation antérieure à la faillite, par exemple un abus de jouissance), il a privilège pour deux années échues, l'année courante et les dommages-intérêts de résiliation. Si au contraire le syndic, préférant ne pas continuer le bail, fait vendre les meubles garnissant les lieux loués, le bailleur peut, sur le prix de vente, réclamer immédiatement par privilège, en dehors des deux années échues, de l'année courante et des dommages-intérêts de résolution, une année en outre de loyers à échoir.

Il y a en outre deux cas spéciaux dans lesquels

la faillite est à titre exceptionnel une cause de résiliation. La faillite met fin au contrat de société⁽³⁹⁾ (art. 1865 du Code civ.) et au mandat (art. 2003 du même Code), parce que la confiance mutuelle ne peut survivre à la faillite d'un associé, du mandant ou du mandataire⁽⁴⁰⁾.

Ajoutons encore qu'au cas où le syndic refuse d'exécuter le contrat, depuis la loi du 20 mars 1928 « cette inexécution peut donner lieu au profit du vendeur à des dommages-intérêts » (art. 578 in fine du Code de commerce).

181. — Le Code de com. italien, pas plus que le Code de commerce français, ne renferme une réglementation d'ensemble des effets de la faillite sur les contrats antérieurs.

Pour les locations immobilières, le privilège du bailleur s'étend à tous les loyers à échoir (art. 1958, al. 3, du Code civ. confirmé par l'article 773, al. 2 du Code de com.). Les articles 702 et 703 du Code de com. apportent les seules restrictions atteignant les contrats synallagmatiques. Le bailleur non payé doit d'abord suspendre toutes poursuites pendant trente jours à partir du jugement déclaratif. Le syndic peut ainsi réfléchir et se décider pour l'entretien du bail par la

(39) La loi parle de société, mais il n'en est pas moins certain que la dissolution de plein droit par l'effet de la faillite d'un des associés, ne concerne que les sociétés où domine l'*intuitus personæ*, c'est-à-dire les sociétés de personnes, mais non les sociétés de capitaux. En ce sens PERCEROU, *op. cit.*, n° 880.

(40) Il convient de remarquer que la faillite du mandant n'emporte pas extinction du mandat lorsque celui-ci a été donné dans l'intérêt de plusieurs personnes. Cfr. Cour de Cassation française, 31 juillet 1912, D. P., 1913, 1, 81, avec la note de M. PERCEROU, S. 1913, 1, 84.

masse. Mais le fond du droit n'est guère affecté, car les conventions contraires sont autorisées. L'article 450 du Code de Com. français est bien plus important quant à ses conséquences, puisqu'il emporte déchéance pour le bailleur de son action en résiliation pour causes antérieures à la faillite si les délais impartis pour l'exercice de cette action sont expirés.

L'art. 703 donne le droit à la masse de demander la résiliation moyennant une indemnité si le bail doit durer au moins trois ans du jour de l'ouverture de la faillite.

C'est donc une résiliation à la volonté unilatérale de l'une ou l'autre des parties. Le préjudice souffert par le bailleur semble faible et paraît devoir céder à l'intérêt général ⁽⁴¹⁾.

182. — La loi yougoslave a procédé autrement et réservé un chapitre spécial (art. 21 à 26) aux droits des créanciers synallagmatiques du failli.

Elle a suivi, d'ailleurs, en cette matière, les lignes générales de la réglementation déjà consacrée par la *Konkursordnung* allemande (art. 17 à 28), par la *Konkursordnung* autrichienne (art. 21 à 26) et la loi hongroise (art. 21 à 25).

Dans son article 21 la loi yougoslave pose les principes généraux régissant le sort des contrats synallagmatiques non encore totalement exécutés. Les articles suivants s'occupent de quelques contrats spéciaux.

Nous examinerons successivement les règles générales qui dominent notre matière. Nous signalerons

(41) V. VIDARI, *op. cit.*, VIII, n^{os} 7598 et s.

ensuite les dispositions spéciales à quelques contrats soumis au droit d'option du syndic et nous dirons enfin quelques mots des contrats qui sont résiliés de plein droit par le seul effet de la déclaration de faillite.

1° RÈGLES GÉNÉRALES.

183. — La règle est la suivante : Un débiteur insolvable ne peut demander l'exécution d'une obligation née d'un contrat bilatéral que si en même temps il exécute la sienné. Cette règle, contenue dans l'art. 1052 ⁽⁴²⁾ du Code civ. croate, conduit à la règle exprimée par l'art. 21 de la nouvelle loi yougoslave : le syndic doit lui-même exécuter le contrat s'il en demande l'exécution par l'autre partie contractante.

La loi confère au syndic un droit d'option : il peut s'exécuter et demander l'exécution du cocontractant ou se désister et alors le contrat est résilié dans l'avenir ⁽⁴³⁾. Remarquons que le tiers contractant n'a jamais — à l'exception du mandat et de l'offre qui sont soumis à des règles spéciales — le droit de demander la résiliation du contrat. Si le syndic se désiste du contrat, la partie contractante est par là même libérée de

(42) Art. 1052 du Code Civil croate : « Celui qui demande la livraison d'une chose doit avoir exécuté son obligation ou doit déclarer qu'il est prêt à l'exécuter.

(43) Selon la Cour Suprême autrichienne (arrêt du 17 février 1904, rapporté par ZUGLIA et VERONA, p. 74, n° 5) « par la déclaration du syndic qu'il n'exécute pas le contrat conclu avant la déclaration de faillite et qui n'a encore été exécuté par aucune des parties, le rapport juridique existant est détruit et, ne laissant subsister qu'une créance en dommages-intérêts au profit du cocontractant du failli, le contrat ne peut revivre après la clôture de la faillite lorsque le débiteur a recouvré la libre disposition sur ses biens ».

son obligation, mais elle n'a aucune action en revendication pour ce qu'elle a donné en vertu de ce contrat.

Sur la réclamation de l'autre partie, le syndic doit se prononcer dans le délai fixé par le juge-commissaire. S'il s'abstient de se prononcer dans ce délai, le syndic sera traité comme s'étant désisté du contrat. (V. les dispositions analogues de la loi au cas de la reprise des procès en suspens au jour de la déclaration de faillite, art. 8, al. 2, V. N^{os} 116 à 118.)

Si le syndic estime le contrat avantageux pour la masse, il optera pour l'exécution du contrat. Mais, en ce cas, le tiers contractant deviendra créancier de la masse et l'obligation du syndic formera dorénavant une dette de la masse payable avant toutes les autres créances (art. 45, al. 4, V. infra n^o 201-d).

Si au contraire le syndic se désiste du contrat, l'autre partie ne sera naturellement plus obligée d'exécuter son obligation. *Mais, à la différence du droit français, le tiers contractant ne pourra pas revendiquer ce qu'il a donné en exécution du contrat résilié ; il n'aura droit qu'à des dommages-intérêts qu'il pourra faire valoir en qualité de créancier ordinaire.* C'est là une disposition importante de la loi yougoslave ⁽⁴⁴⁾.

Laquelle des deux parties doit s'exécuter la première, cela est déterminé dans le contrat lui-même ou dans les dispositions légales spéciales à la catégorie de contrat en jeu. La déclaration de faillite n'a aucun

(44) V. les dispositions analogues de l'art. 26 de la K. O. allemande, de l'art. 21 de la K. O. autrichienne et de l'art. 18 de la loi hongroise.

effet en principe sur la clause du contrat ou la disposition de la loi déterminant la partie qui doit la première exécuter son obligation, surtout si c'est le débiteur ou, à sa place, le syndic. Cependant, si, aux termes du contrat ou de la loi, c'est le cocontractant du débiteur qui doit s'exécuter le premier, il y a un cas où ce cocontractant peut refuser l'exécution jusqu'à ce que le syndic s'exécute ou garantisse l'exécution : et ce cas est celui où l'autre partie, au moment de la conclusion du contrat, ne connaissait pas ou ne devait pas connaître la mauvaise situation pécuniaire du failli.

La créance en dommages-intérêts, comme toute créance, ne sera payée qu'en monnaie de faillite. Cependant si le cocontractant est débiteur de la masse, l'article 19, al. 3, permet la compensation entre la somme à payer à la masse et sa créance en dommages-intérêts. Il est vrai que sa créance est née après la déclaration de faillite, mais elle provient d'une cause antérieure, ainsi l'exception à la règle est suffisamment motivée ⁽⁴⁵⁾.

2° CONTRATS SPÉCIAUX SOUMIS A L'OPTION DU SYNDIC.

184. — A) *Contrats de louage de choses.*

Pour cette catégorie de contrats les articles 23 et 24, qui s'y réfèrent, font la distinction suivante :

(45) V. l'arrêt intéressant de la Cour Suprême autrichienne en date du 4 novembre 1926, cité par ZUGLIA-VERONA, *op. cit.*, p. 69, n° 3. « Lorsqu'au moment de la déclaration de faillite le débiteur failli a déjà en partie exécuté le contrat (en espèce il a payé une partie du prix) que l'autre partie au contraire ne l'a pas exé-

a) Le failli est preneur (*conductor*). L'article 23 fait une sous-distinction entre le cas où la chose n'est pas encore transmise au failli et le cas où la chose est déjà en sa possession ⁽⁴⁶⁾.

Si la chose n'est pas encore remise au débiteur au moment de la déclaration de faillite, le bailleur peut se désister du contrat ; mais sur la demande du syndic il doit se prononcer à ce sujet sans tarder. « Si le bailleur ne se prononce pas, alors l'article 21 sera appliqué », c'est-à-dire que le syndic recouvre son droit d'option. Remarquons que le bailleur, s'il se désiste du contrat, ne doit rendre que ce qu'il a reçu au compte du prix de location. Il ne doit en aucun cas indemniser la masse des dommages éventuels (art. 23, al. 1^{er}).

Si la chose est déjà livrée au failli, alors le syndic ou le bailleur peuvent dénoncer le contrat dans le délai légal ou dans le délai conventionnel si celui-ci est plus court. Toutefois le droit du bailleur est écarté pour la durée de la période pour laquelle la location est déjà payée ; en effet il est désintéressé aux termes du contrat et il n'y a aucune raison pour qu'il puisse se décharger de son obligation. Lorsque le syndic dénonce le contrat dans le délai légal, qui est par

cuté, si le syndic se désiste et si ce désistement cause à l'autre partie un dommage plus fort que la fraction du prix payé, la partie contractante peut alors invoquer la compensation de sa créance jusqu'à concurrence de la somme payée, et produire pour le reste comme créancier ordinaire ».

(46) Les mêmes règles sont contenues dans les art. 19 et 20 de la K. O. allemande, l'art. 36 de la loi hongroise, et l'art. 18 de l'ancienne loi croate. Cette subdivision est au contraire ignorée par la loi autrichienne qui, dans son art. 23 édicte les mêmes règles pour les deux cas.

hypothèse plus court que le délai conventionnel, le bailleur peut demander des dommages-intérêts. Sa créance, bien qu'elle ne soit qu'une créance ordinaire née après l'ouverture de la faillite, par là-même qu'elle a sa source dans un fait antérieur à la déclaration de faillite, peut être compensée avec une dette qu'a le bailleur envers le débiteur, par exemple la restitution des sommes versées d'avance pour prix de location (art. 23, al. 2) ⁽⁴⁷⁾.

b) Le failli est bailleur (*locator*). Dans cette situation la loi ne distingue plus si la chose, objet du contrat, est déjà remise ou non au preneur. Le principe est que le contrat reste valable et les rapports juridiques continueront entre le preneur et le syndic. Le syndic n'aura plus le droit d'option prévu par l'art. 21 (art. 24, al. 1^{er}) ⁽⁴⁸⁾.

Aux termes de l'article 24, al. 1^{er}, le paiement des loyers à échoir, tant qu'il n'a pas été inscrit aux livres fonciers, n'est opposable au syndic que pour le délai qu'aurait encore duré le contrat s'il avait été résilié aussitôt après la déclaration de faillite dans le délai conventionnel ou légal.

Toute aliénation de la chose louée faite au cours des opérations de la faillite, produit, quant aux rapports locatifs, les effets de l'aliénation forcée. Ainsi donc, la vente de l'objet loué emporte résiliation du contrat lors même que le bail est inscrit aux livres fonciers (art. 24, al. 2).

(47) V. n° 177, 3°.

(48) Au contraire, en Allemagne, si la chose n'est pas encore remise, le syndic a le droit d'option. En ce sens : SYDOW-BUSCH, *op. cit.*, ad § 21 ; HEILFRON-PICK, *op. cit.*, p. 189.

185. — B) *Contrats de louage de service.*

Pour cette sorte de contrats nous trouvons dans l'art. 25 des dispositions analogues à celles de l'article précédent. En cas de faillite du patron, l'employé peut résilier le contrat dans le mois qui suit la déclaration de faillite et cela sans se tenir au délai-congé conventionnel. Le syndic, au contraire, ne peut dénoncer cette relation de service qu'en observant le délai légal ou conventionnel, si ce dernier est plus court. Au cas de congé donné dans le délai légal au mépris du délai stipulé dans le contrat, l'employé peut demander des dommages-intérêts. Remarquons que cette créance est privilégiée, selon l'art. 50, al. 2, et qu'ainsi elle rentre dans le premier rang de créances (V. art 50, al. 2, n° 159).

Lorsque le contrat n'a encore reçu aucune exécution, il faut appliquer l'art. 21, d'après lequel il appartient au syndic d'opter entre l'exécution et la résiliation.

Nous n'avons à envisager que le cas où le failli est patron. En effet, le failli peut même pendant la procédure de faillite librement disposer de son travail, et ceux de ses contrats, qui ne touchent pas à son patrimoine, restent valables.

La loi dit encore dans son art. 25, al. 3, que les dispositions des lois spéciales fixant les effets de la faillite sur les relations de service restent en vigueur. Cette disposition vise les lois contenant des déchéances contre les fonctionnaires, avocats, etc...

3° CAS DE RÉSILIATION DE PLEIN DROIT.

186. — A) *Contrats fixes de fournitures.*

Sous ce nom (*fiksni ugovor, Fixgeschäft*), la loi yougoslave entend les contrats qui doivent recevoir leur exécution à un moment déterminé ou dans un délai fixé par les parties, et qui, faute d'exécution à temps, ne seront pas considérés comme exécutés ⁽⁴⁹⁾.

Lors donc qu'il s'agit d'un contrat dont l'objet est de livrer des marchandises ayant un prix courant sur le marché ou à la bourse, et dont le terme convenu ne vient à échéance qu'après l'ouverture de la faillite, l'exécution ne peut plus être demandée et l'on ne peut faire valoir qu'une réclamation d'indemnité pour non-exécution (art. 22, al. 1^{er}).

Lorsque ces conditions sont réunies, le contrat est résilié par le seul effet de la déclaration de faillite. Le motif en est sans doute que ces contrats sont de nature urgente et les parties doivent savoir si le contrat vient à exécution pour qu'elles puissent — en cas de réponse négative — faire les achats ou ventes nécessaires. De la résolution il résulte souvent un dommage pour l'une des parties. Le montant des dommages-intérêts est déterminé par la loi elle-même (art. 22, al. 2). Il est égal à la différence entre le prix de vente et la cote de bourse ou du marché fixée au lieu de l'exécution ou sur la place dont il reçoit la mercuriale, pour les affaires conclues avec le même délai obligatoire d'exécution, le second jour ouvrable après l'ouverture de

(49) Cfr. art. 18 de la K. O. allemande ; art. 22 de la loi autrichienne et art. 21 de la loi hongroise.

la faillite. Lorsque les comptes ainsi faits présentent un actif au profit de la masse, le tiers contractant devra verser la somme totale entre les mains du syndic. Au cas contraire, la créance contre la faillite ne sera qu'une créance ordinaire qui subira la loi du concours.

187. — B) *Le mandat.*

Selon l'art. 26, al. 1^{er}, le mandat donné par le débiteur cesse d'être valable par le seul fait de l'ouverture de la faillite. L'extinction du mandat a sa source dans le dessaisissement : à partir de sa mise en faillite, le débiteur ne peut plus disposer de ses biens, et toute personne ayant reçu du failli pouvoir de contracter en son nom, perd qualité pour le représenter aux actes juridiques.

Mais, à la différence du droit français (art. 2003 du C. civ.), la faillite du mandataire n'entraîne point la résolution du mandat. Le mandataire, qui traite au nom du mandant, n'a pas besoin d'être capable, car il ne s'oblige pas personnellement. Sa responsabilité éventuelle ne pourra pas donner naissance à une créance payable en faillite, ainsi que les créances nées des délits du failli (art. 56, 2° ⁽⁵⁰⁾, V° supra n° 140).

188. — C) *L'offre.*

Aux termes de l'art. 26, al. 2, l'offre non encore acceptée par le débiteur au moment de sa mise en faillite, reste en vigueur, tant que le pollicitant n'a pas exprimé une volonté contraire.

(50) V. les dispositions analogues de la K. O. allemande (art. 23) et de la loi autrichienne (art. 26).

Au contraire, l'offre non encore acceptée au moment de la déclaration de faillite du pollicitant, ne lie point le syndic. C'est une conséquence du principe du dessaisissement.

189. — D) Par le fait de la déclaration de faillite cessent d'exister les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les sociétés en commandite par actions (art. 123, 170, 200 du Code de com. autrichien ; art. 98 et 144 du Code de com. croato-magyar), ensuite les sociétés à responsabilité limitée (art. 84 de la loi autrichienne du 6 mars 1906 sur cette sorte de société), enfin les sociétés par actions (art. 242 du Code de com. autrichien et art. 201 du Code de com. croato-magyar). Rappelons encore que les sociétés en nom collectif, en commandite et en commandite par actions, cessent d'exister par la déclaration de faillite d'un des associés personnellement responsable (art. 123, 170 et 200 du Code de com. autrichien et art. 98 et 144 du Code de com. croato-magyar).

Sixième Section

CRÉANCIERS AYANT PLUSIEURS CODÉBITEURS SOLIDAIRES

190. — Il arrive très souvent en matière de faillite, que l'on se trouve en présence de coobligés. Un créancier a plusieurs codébiteurs dont un ou plusieurs sont en faillite. Dans le cas de faillite d'une société en nom collectif, tous les associés sont tenus indéfiniment et

solidairement du passif de la société. Plus fréquemment encore, le failli a pu apposer sa signature sur un effet de commerce et il est tenu avec tous les autres signataires qui sont des codébiteurs solidaires. Il est donc très rare qu'il y ait une faillite sans que se pose la question de la corréalité.

La faillite a pour effet de rendre toutes les dettes exigibles. Les coobligés solidaires du failli continuent au contraire à bénéficier du terme. En présence d'une telle situation, quels sont les droits des créanciers ? Le créancier peut immédiatement produire à la faillite du codébiteur et à l'arrivée du terme poursuivre les autres. Le montant de sa créance sera déterminé par la somme qui lui est due encore au moment de la déclaration de faillite.

Le principe de la solidarité est que le créancier peut poursuivre chacun des codébiteurs pour le tout. C'est en cela précisément que consiste la sûreté qui est procurée au créancier par ces engagements solidaires. Mais s'il peut poursuivre son paiement pour le tout, il ne peut obtenir le tout qu'une seule fois. Le même principe s'applique en cas de faillite. Si plusieurs codébiteurs sont en faillite, alors le créancier peut produire dans chacune des faillites pour le montant nominal de son titre jusqu'au parfait paiement. Il reçoit de la sorte dans toutes les faillites des dividendes, mais si le total des dividendes dépasse le montant de sa créance, il est tenu de rembourser l'excédent à la faillite de celui des codébiteurs qui ne devait pas définitivement supporter la dette.

La plupart des lois s'accordent sur le principe de

la production intégrale dans chaque faillite (art. 17 de la loi yougoslave ; art. 542 du Code de com. français ; art. 788 du Code de com. italien ; art. 68 de la *Konkursordnung* allemande ; art. 18 de la loi autrichienne, et art. 70 de la loi hongroise). Mais elles présentent dans leurs détails des différences assez importantes.

191. — Toutes les législations confèrent au créancier le droit de produire pour le montant intégral de sa créance lorsque, *au moment de l'ouverture de la faillite*, la somme était encore entièrement due.

Et à l'inverse, quand la dette a été acquittée en partie, *par un coobligé in bonis*, mais *avant* l'ouverture de la faillite, toutes les lois imposent au créancier une déduction de l'acompte (art. 544 du Code de com. français ; art. 790 du Code de com. italien, et les articles cités ci-haut des lois yougoslave, allemande, autrichienne et hongroise) ⁽⁵¹⁾.

Dans une troisième hypothèse, le système français et le système germanique nous donnent des solutions différentes. Supposons que le créancier ait touché un dividende *dans la faillite* d'un des coobligés, les autres codébiteurs étant encore *in bonis* et que certains d'entre eux soient ultérieurement déclarés en faillite. En France, on admet généralement ⁽⁵²⁾ que le divi-

(51) V. en sens contraire l'art. 217 de la loi suisse sur la *poursuite des dettes et la faillite* du 11 avril 1889, d'après lequel le créancier produit pour le tout.

(52) PERCEROU, *op. cit.*, n° 833. « Selon nous, ces textes (art. 542 et s.) s'expliquent par l'idée que, lorsqu'il s'agit d'une créance garantie par des coobligés solidaires, le dividende reçu dans la faillite de l'un d'eux ne s'analyse pas en un paiement partiel, mais constitue le rachat, moyennant indemnité, de la place que le

dende reçu ne constitue pas un paiement partiel ; aussi le créancier est admis à produire pour l'intégralité de sa créance. Au contraire, dans l'esprit de la loi allemande ⁽⁵³⁾, ainsi que dans les législations se rattachant au système germanique ⁽⁵⁴⁾, les droits des créanciers se déterminent d'après la situation au jour du jugement déclaratif, le créancier ne peut donc produire que déduction faite des sommes reçues avant l'ouverture de la faillite.

Le système germanique nous conduit au même résultat lorsque les divers coobligés ont été successivement déclarés en faillite et qu'au moment de l'ouverture de la dernière faillite le créancier n'a encore rien reçu. Si au contraire (comme dans la troisième hypothèse) la faillite de Primus se clôt avant la mise en faillite de Tertius et le créancier y reçoit un dividende de 50 %, il ne pourra plus produire à la faillite de Secundus et Tertius que pour 50 %. Cette solution est au contraire repoussée en France.

Dans une dernière hypothèse nous supposons que le créancier ait été entièrement payé avant la présentation de sa créance. Dans ce cas, la créance étant éteinte, le créancier ne peut plus produire.

failli occupait dans la dette solidaire, sans que celle-ci se trouve, au regard des autres codébiteurs, affectée dans sa substance ». — THALLER, *Droit commercial*, n° 1924 : « Produire dans une faillite de coobligé, c'est demander à ce coobligé, qui se retire de la solidarité et se déclare impuissant à payer, la rançon de cette retraite ». — LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VIII, n° 929.

(53) KOHLER, *op. cit.*, p. 349 et s. ; cfr. art. 68 de la loi allemande : « ...so kann der Gläubiger... den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte ».

(54) Cfr. art. 17 de la loi yougoslave ; ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 59 et s. ; art. 18 de la loi autrichienne de 1914 ; BARTSCH, *Grundriss*, p. 51.

192. — Examinons maintenant si le codébiteur qui a payé une partie de la dette a un recours et dans quelle mesure, contre la faillite des autres codébiteurs ?

L'effet de la solidarité est que les codébiteurs ne sont tenus pour le tout qu'envers leur créancier, mais ils ne sont obligés les uns envers les autres que chacun pour sa part ⁽⁵⁵⁾. Ainsi, si un d'entre eux a payé toute la dette ou plus que sa part, il peut réclamer dans la faillite la restitution de ce qu'il a payé pour le débiteur failli, qui, par hypothèse, a payé moins que sa part virile (art. 16 de la loi yougoslave ; art. 17 de la loi autrichienne ; art. 789 du Code de com. italien).

A la différence du codébiteur, la caution solvens a le droit de demander le paiement de la totalité de la dette payée par elle, n'étant tenue pour la dette qu'en qualité de caution et ainsi étant subrogée dans les droits du créancier ⁽⁵⁶⁾. A la répartition du patrimoine, le solvens bénéficie du rang du créancier (art. 53, al. 2 de la loi yougoslave).

En cas de faillite du débiteur principal, le créancier peut, au lieu de produire à la faillite, s'adresser directement à la caution solidaire ou au codébiteur solidaire du failli. Si le débiteur principal est déclaré en faillite, son codébiteur solidaire peut demander à la faillite la garantie de la somme qu'il sera éventuellement obligé

(55) Art. 891 du Code Civil croate ; art. 831 du Code Civil serbe ; Cfr. ar. 1213 du Code Civil français ; art. 1198 du Code Civil italien ; art. 426 du Code Civil allemand ; art. 891 du Code Civil autrichien.

(56) Art. 1358 du Code Civil croate ; art. 828 du Code Civil serbe ; art. 2028 du Code Civil français ; art. 1915 du Code Civil italien ; 774 du Code Civil allemand ; 1358 du Code Civil autrichien.

de payer, mais seulement si le créancier ne participe pas aux opérations de la faillite. Le droit du codébitéur dépend donc de l'attitude que prend le créancier. La créance, donc, ne peut être présentée qu'une seule fois (art. 16 de la loi yougoslave ; art. 17 de la loi autrichienne ; art. 69 de la loi hongroise).

Si, après le paiement définitif fait au créancier, il y a un excédent, le créancier doit le restituer à la faillite du débiteur qui ne devait pas définitivement supporter la dette (art. 17, al. 2, de la loi yougoslave ; art. 543 du Code de com. français ; art. 789 du Code de com. italien ; art. 18, al. 2, de la loi autrichienne, et art. 70, al. 2, de la loi hongroise).

Septième section

DE LA REVENDICATION

193. — Nous avons vu que le dessaisissement frappe d'indisponibilité tous les biens appartenant au débiteur et ceux qui se trouvent en sa possession. Cependant le droit de gage général des créanciers ne s'étend qu'aux biens faisant partie du patrimoine du failli. Les tiers qui ont un bien quelconque en la possession du débiteur peuvent revendiquer leur propriété et le soustraire ainsi de la masse de la faillite. Ils ne se présentent pas en qualité de créanciers, mais à titre de propriétaires, de *separatisti ex jure domini*.

Toutes les législations reconnaissent le principe suivant : toute personne, propriétaire d'un objet détenu par le débiteur au jour de la déclaration de faillite,

peut le revendiquer. Mais, tandis que les Codes de com. français (art. 574 à 579) et italien (802 à 808) énumèrent les cas les plus usités de revendication, les autres, par une disposition générale, renvoient aux textes du droit civil (art. 43 de la *Konkursordnung* allemande ; art. 44 de la *Konkursordnung* autrichienne ; art. 42 de la loi hongroise). De même, aux termes de l'art. 43 de la loi yougoslave, si la masse faillie englobe des biens qui n'appartiennent pas au débiteur, c'est d'après les principes généraux qu'on jugera la nature du droit des tiers sur ces biens, c'est donc le droit civil qui nous dit s'il s'agit d'un droit de créance ou d'un droit réel. Cette différence de procédé n'offre pas grand intérêt, car en France et en Italie il est admis très généralement que l'énumération légale n'est pas limitative, mais énonciative ⁽⁵⁷⁾.

L'action intentée contre le débiteur est le plus souvent la *rei vindicatio*, mais elle peut être une autre action réelle comme une *confessoria* ou *negatoria*. L'action peut résulter d'une obligation contractuelle de restituer quelque chose, ainsi le demandeur peut invoquer l'*actio commodati*, *actio deposita directa*, bien qu'il ne soit pas propriétaire de la chose.

Le régime de droit commun de la revendication est modifié en cas de faillite : dans certains cas le droit commun bénéficie d'une extension, dans d'autres il subit des restrictions.

(57) En ce sens : PERCEROU, *op. cit.*, n° 986 ; LYON-CAEN et RENAUULT, *op. cit.*, VIII, n° 792.

1^o CAS OU LA LOI A AUGMENTÉ LES DROITS DU TIERS

194. — Il arrive souvent que le débiteur insolvable, ne jouissant plus de crédit sur place, commande des marchandises sur d'autres lieux plus éloignés. Lorsque les marchandises sont déjà en route au moment de la déclaration de faillite, l'action en revendication de l'art. 43 ne pourrait plus, d'après le droit commun, s'exercer, le débiteur étant déjà propriétaire des marchandises expédiées. D'autre part, il serait injuste de faire entrer les marchandises non payées et non encore reçues dans la masse de la faillite et de ne payer ensuite le vendeur qu'en partie, comme créancier ordinaire. Pour cette raison, l'art. 44 concède, en cas de faillite, au vendeur ou au commissionnaire qui se charge d'achat de marchandises, la faculté de réclamer la restitution des marchandises envoyées, mais encore non payées, si elles ne sont pas encore arrivées dans les magasins du failli avant la déclaration de faillite.

Ce droit reconnu au vendeur est admis par toutes les législations. C'est le *right of stoppage in transitu* du droit anglais, appelé *droit de revendication* par l'art. 576 du Code de com. français, l'art. 804 du Code de com. italien et l'art. 44 de la loi hongroise (*visszakövetelési jog*), tandis que dans les autres législations le droit du vendeur porte le nom de « *droit de suite* » : c'est le *Verfolgungsrecht* de l'art. 44 de la *Konkursordnung* allemande et de l'art. 45 de la loi autrichienne ; c'est le *pravo na poteru* de l'art. 44 de la loi yougoslave.

La nature de ce droit est très discutée. Il ne faut pas y voir une résolution de plein droit du contrat, mais la remise des marchandises dans l'état où elles se trouvaient avant l'exécution du contrat ⁽⁵⁸⁾. Le syndic peut donc, en qualité de représentant des intérêts patrimoniaux du débiteur, demander l'exécution du contrat en offrant de sa part la contre-prestation.

195. — Les conditions d'exercice sont les suivantes ⁽⁵⁹⁾ :

a) Il faut qu'il existe un contrat valable conclu entre le vendeur ou le commissionnaire et le commerçant, concernant l'achat de marchandises. L'expression de marchandises comprend tous meubles qui forment l'objet d'un fonds de commerce.

b) La loi exige ensuite la *distancia loci*, c'est-à-dire que les marchandises soient envoyées d'un lieu à l'autre, mais peu importe que le vendeur et le failli aient leur siège commercial au même lieu.

c) Les marchandises doivent avoir été envoyées à l'adresse du débiteur. Si le débiteur avant la réception des marchandises les a vendues à un tiers, le droit du vendeur est éteint.

d) De même le vendeur ne pourra pas exercer son action en revendication si le prix en est entièrement

(58) LEHMANN, *op. cit.*, p. 127 et s. De même COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, II, p. 821 et s. « ...ce que le vendeur revendique ce n'est pas la propriété de l'objet vendu, mais la possession matérielle de la chose, qu'il a imprudemment abandonnée en renonçant au droit de rétention que lui donnait l'art. 1612 du Code civil... En un mot, il revendique la possession ».

(59) Ces conditions sont en général les mêmes dans toutes les législations.

payé : *pas d'intérêt, pas d'action*. Mais il faut pour cela que la totalité du prix soit déjà payé.

e) La dernière condition est enfin que les marchandises ne soient pas encore arrivées au moment de la déclaration de faillite dans les magasins de l'acheteur.

2° RESTRICTIONS A LA REVENDICATION DU DROIT COMMUN

196. — Ces restrictions ont trait aux droits de la femme en cas de faillite de son mari. La femme ayant conservé la propriété de ses immeubles et corps certains, ne concourra pas, mais les prélèvera comme propriétaire. Les sommes d'argent et les choses consommables deviennent au contraire la propriété de son mari et pour ces dernières la femme se présentera en qualité de créancière.

Aux termes de l'art. 1226 du Code civ. croate et de l'art. 664 du Code civ. serbe, la déclaration du mari qu'il a reçu la dot produisait ses effets envers tous, même en cas de faillite, si elle avait été faite avant l'ouverture de la faillite. Mais l'article 54 de la loi sur la faillite apporte des dérogations aux règles du droit civil par crainte des collusions entre la femme et son mari. Cet article déclare que la réception de la dot ne peut être prouvée que par des actes passés dans la forme légale au moment de la remise de la dot, ou après sa remise, mais au plus tard deux ans avant la déclaration de faillite.

Sur ce point, les dispositions de l'art. 54 de la loi yougoslave ne concordent pas avec celles de l'art. 55 de la loi autrichienne. Cette dernière, tout en exigeant la déclaration faite par-devant notaire dans les mêmes

conditions que la loi yougoslave, permet à la femme de prouver la réception de la dot par d'autres moyens.

Si donc la femme fournit la preuve légale de la réception de la dot, elle prélèvera ses biens à titre de propriétaire. Dans le cas contraire, sa créance ne sera pas admise. D'ailleurs, si les créances de la femme sont payées avant la mise en faillite de son mari, le paiement peut être annulé en vertu de l'art. 30, al. 3, si les conditions nécessaires de l'action en nullité se trouvent réunies.

Une pareille obligation était imposée à la femme par l'article 560 du Code de com. français qui exigeait la preuve par inventaire ou acte authentique. Cette rigueur de la loi avait pour conséquence que les droits de la femme étaient très fréquemment sacrifiés. Le législateur est intervenu par la loi du 29 avril 1924 et, en supprimant la nécessité d'un acte authentique ou d'un inventaire, il est revenu au régime du droit commun. Ainsi la femme pourra faire la preuve dans les termes du droit commun.

Le Code de com. italien est moins sévère que la loi yougoslave : il n'exige que la preuve par inventaire ou autre acte ayant acquis date certaine (art. 780 à 787).

Les lois allemande (art. 45) ⁽⁶⁰⁾ et hongroise (art. 46 ⁽⁶¹⁾) n'exigent pas non plus un acte notarié.

(60) Art. 45 de la *Konkursordnung* allemande de 1898 : « L'épouse du failli ne peut demander l'extraction des biens acquis au cours du mariage que si elle fournit la preuve que ces biens n'ont pas été acquis avec les deniers du failli. »

(61) V. l'arrêt de la Cour de Cassation hongroise de 1900, n° 1280 : la femme est admise à prouver le paiement de la dot par tous les moyens possibles, KATONA, *op. cit.*, p. 100.

197. — D'après les Codes de com. en vigueur en Yougoslavie ⁽⁶²⁾, tout contrat matrimonial d'un commerçant, pour qu'il soit opposable aux créanciers commerçants, doit être enregistré au registre de commerce. Mais, en cas de faillite, les créances commerciales nées avant la transcription du contrat jouissent d'une priorité sur les créances de la femme résultant de ce contrat. Conformément aux dispositions susmentionnées, l'article 55 de la loi yougoslave ⁽⁶³⁾ dispose que les créances commerciales jouissant de priorité seront payées sur la masse de la faillite pour la somme qui leur serait dévolue s'il n'y avait aucune créance provenant du contrat de mariage ⁽⁶⁴⁾.

Ce que ce créancier aurait à recevoir en plus si le contrat n'existait pas, lui sera donné sur la part qui irait à l'époux comme créancier, en vertu du contrat de mariage.

Un exemple nous éclairera ⁽⁶⁵⁾ : la masse est en face des créances suivantes :

(62) V. art. 16 de la loi d'introduction du Code de Commerce autrichien du 17 décembre 1862 ; art. 6 de l'ordonnance d'introduction du Code de Commerce bosniaque ; art. 6 du Code de Commerce serbe ; art. 6 du Code de Commerce monténégrin ; art. 554 du Code de Commerce croato-magyar.

(63) Cfr. art. 56 de la loi autrichienne ; art. 564 du Code de Commerce français ; art. 786 du Code de Commerce italien.

(64) Les lois antérieures et aujourd'hui encore la loi autrichienne ne parlent que des créances de la femme. Mais la nouvelle loi yougoslave a en vue aussi bien celles-ci que les créances du mari dans la faillite de sa femme commerçante. ZUGLIA VERONA, *op. cit.*, p. 199.

(65) BARTSCH, *op. cit.*, p. 34.

créances commerciales antérieures au con- trat de mariage.....	120.000
créances commerciales postérieures au con- trat de mariage.....	30.000
créances non commerciales.....	10.000
créances de l'époux résultant du contrat..	80.000
	240.000

Il intervient un concordat réduisant à 40 % les droits des créanciers qui obtiennent de cette sorte 96.000. Mais, tandis que les créances commerciales postérieures au contrat et les créances civiles seront réduites à 40 %, pour le paiement des créanciers commerçants antérieurs au contrat de mariage, les créances du conjoint ne seront pas prises en considération ; on procédera donc pour ces derniers comme si le passif n'était que 160.000, déduction faite des 80.000 du conjoint. Seulement la somme à distribuer entre les créanciers (96.000) n'est pas de 40 % du passif spécial (160.000), mais elle est de 60 % à l'égard des créanciers commerçants antérieurs. Ainsi la répartition sera effectuée de la façon suivante :

créances commerciales antérieures au con- trat	72.000
(au lieu de 48.000) (les autres créances seront payées à raison de 40 % calculées sur un actif de 96.000).	
créances commerciales postérieures	12.000
créances civiles	4.000
créances du conjoint qui subit la priorité de la première catégorie de créances....	8.000
(au lieu de 32.000).	
	96.000

3° CRÉANCES ACCESSOIRES A L'ACTION

EN REVENDICATION

198. — Nous avons supposé que l'objet de l'action en revendication est un immeuble ou un corps certain qui se distingue des autres biens compris dans la faillite. Le tiers revendique donc ces objets en nature. Mais, si l'objet a été aliéné par le syndic après la déclaration de faillite, le tiers ne perd pas son droit et il sera payé par équivalent : il pourra demander les sommes d'argent déjà reçues et provenant de l'aliénation ou, si le prix n'est pas encore payé, il pourra demander la subrogation dans les droits de la masse pour le paiement du prix (art. 43, al. 2). Pour ces créances, il se présente en qualité de créancier de la masse.

Qu'advient-il si le bien a été aliéné par le débiteur avant l'ouverture de la faillite ? Quelques législations (ainsi la *Konkursordnung* allemande, art. 46 ; la loi hongroise, art. 43, et l'ancienne loi croate, art. 27 et 28) assimilent ce cas au précédent, considérant que la masse faillie s'est enrichie dans la même mesure et le tiers, ayant les mêmes droits, se présente comme créancier de la masse.

La loi yougoslave au contraire (art. 43, al. 2), suivant la loi autrichienne (art. 44), garde strictement son principe fondamental que des actes du débiteur accomplis avant la déclaration de faillite ne naissent que des créances ordinaires qui sont payées proportionnellement entre les créanciers dans la masse

Le tiers peut encore demander des dommages-inté-

rêts. Enfin, aussi bien le tiers que la faillite a droit au remboursement de ses dépenses faites sur la chose.

Huitième section

LES CRÉANCIERS DE LA MASSE

199. — C'est le jour de la déclaration de faillite qui met fin à l'acquisition des créances contre le failli. A partir de ce jour, les intérêts des créances cessent de courir, le débiteur est dessaisi et ne peut plus obliger son patrimoine. Les créances acquises contre le débiteur après la déclaration de faillite ne peuvent pas être produites. Cependant, souvent les intérêts mêmes des créanciers exigeraient que le failli pût s'obliger, jouir du crédit. Mais un tel crédit ne serait dorénavant possible que si les nouveaux créanciers ne devaient pas se contenter de la situation des autres créanciers. Aucun créancier ne voudra en effet prêter de l'argent au failli s'il sait à l'avance qu'il ne sera payé qu'en monnaie de faillite. Lors donc que les créanciers ont besoin du crédit pour faciliter l'administration ou la réalisation des biens (par ex. la continuation du commerce exige la continuation du bail), les nouveaux créanciers doivent avoir une situation privilégiée. C'est à cette idée que correspond la notion des *créanciers de la masse* (*Massegläubiger* en Allemagne et en Autriche, *masini verovnici* en Yougoslavie, *tömeghitelezök* en Hongrie) par opposition aux créanciers n'ayant droit qu'à un dividende ou *créanciers dans la masse* (en allemand : *Konkursgläubiger*, en

yougoslave : *stecajni verovnici*, en hongrois : *csödhitelzök*).

Examinons maintenant les causes qui peuvent donner naissance à une créance contre la masse, et nous verrons ensuite quelle est la situation réservée aux créanciers de la masse.

I. — PRINCIPALES SOURCES DES DETTES DE LA MASSE.

200. — Par opposition à l'art. 565 du Code de com. français, qui dit en termes généraux que « le montant de l'actif mobilier, distraction faite des frais et dépenses de l'administration de la faillite, des secours qui auraient été accordés au failli ou à sa famille et des sommes payées aux créanciers privilégiés, sera réparti entre tous les créanciers au marc le franc de leurs créances vérifiées et affirmées » et à l'art. 809 du Code de com. italien : « les sommes d'argent appartenant à la faillite, déduits les frais de justice et d'administration et les secours accordés au failli et à sa famille, doivent être attribuées avant tout, avec l'autorisation du juge-commissaire, au paiement des créanciers gagistes ou privilégiés, et le reste doit être réparti entre tous les créanciers en proportion de leurs créances vérifiées », les lois des autres pays dont nous nous occupons, font une énumération détaillée des dettes de la masse, notamment l'art. 45 de la loi yougoslave, les art. 58 et 59 de la Konkursordnung allemande, l'art. 46 de la loi autrichienne et les art. 48 et 49 de la loi hongroise.

201. — La loi yougoslave considère comme dettes de la masse :

a) Les frais de la procédure qui comprennent les frais de justice ⁽⁶⁶⁾, les frais causés par l'arrestation provisoire du débiteur (art. 113, al. 3), les honoraires du syndic (art. 137 et 138) et les honoraires éventuels des membres du comité des créanciers (art. 139) ⁽⁶⁷⁾. Si la faillite est déclarée simultanément à la clôture de la procédure du concordat préventif ou sur demande déposée dans les quinze jours suivant la clôture, les frais de cette dernière procédure auront le même rang que les frais de la faillite.

b) Les frais d'entretien et d'administration des biens, les contributions publiques qui les concernent et qui arrivent à l'échéance pendant les opérations de la faillite, ainsi que les obligations mentionnées à l'art. 157 de la loi du 14 mai 1922 sur les assurances ouvrières, et les cotisations d'assurances prévues par d'autres lois ⁽⁶⁸⁾.

(66) Sous la dénomination de « frais de justice » on entend ceux faits pour les actes conservatoires ou d'exécution, dans l'intérêt commun des créanciers et à cause de la faillite ; n'y sont compris les frais qui sont étrangers à ce but. Les honoraires de l'avocat pour la défense du débiteur devant les tribunaux répressifs ne rentrent pas dans cette catégorie de dettes.

(67) Quand le syndic succombe dans un procès intéressant la faillite, en général il est condamné *ès-qualité* à supporter non seulement ses propres dépens, mais encore ceux que son adversaire avait engagés. Ces derniers font partie aussi des dettes de la masse. Cfr. Cour Suprême autrichienne, toutes Chambres réunies, 1902, rapporté par ZUGLIA-VERONA, *op. cit.*, p. 169, n° 7 ; Cour de Cassation française, 18 août 1880, D. P., 1880, 1, 444 ; S., 1881, 1, 60.

(68) Les contributions publiques et les créances possédées par l'administration centrale d'assurances ouvrières contre le failli, échu avant la déclaration de faillite, sont classées dans le 2^e rang des créances privilégiées.

c) Les obligations résultant des actes juridiques du syndic comme la location des immeubles et le salaire des employés en cas de continuation de commerce. Rentrent dans ce groupe les secours accordés par le syndic au failli et à sa famille en vertu de l'article 5 (V. *suprà* n° 109). Cette catégorie de dettes de la masse comprend encore les obligations nées des actes du débiteur en concordat préventif ou du liquidateur si ces actes sont permis par la loi sur le concordat préventif dans le but d'assurer la continuation de l'entreprise du débiteur et si la faillite a été déclarée simultanément à la clôture de cette procédure ou sur demande déposée dans les quinze jours de la clôture. Le but visé par la loi sur le concordat préventif est de substituer à la procédure de faillite un mode de liquidation plus atténué, lequel aboutit au paiement proportionnel des créanciers, sans toutefois anéantir l'existence économique du débiteur. Au cours de cette procédure, le débiteur ou le liquidateur, suivant les cas, sont obligés de conclure des contrats, de passer des actes juridiques qui demeureront opposables à tous les créanciers.

d) Les obligations concernant l'exécution des contrats bilatéraux dans lesquels le syndic s'est substitué au débiteur failli (V. *suprà* n° 183).

e) Les obligations résultant d'un enrichissement injuste de la masse : *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores* ⁽⁶⁹⁾. Les cas les plus usuels de l'enrichissement

(69) Pomponius 206, D. de regulis juris, L. 17.

sans cause sont les suivants : en cas d'exécution de la part du cocontractant d'un contrat conclu avec le failli après l'ouverture de la faillite, la masse est obligée de restituer ce qu'elle a reçu dans la mesure de son enrichissement (V. art. 3, al. 1^{er} : suprà n° 115) ; lorsqu'à la suite d'un acte passé par le débiteur avant la déclaration de faillite et annulé par le syndic, le tiers poursuivi demande à la masse la restitution de sa contre-prestation, nous savons qu'il se présente comme propriétaire revendiquant d'un corps certain. Lorsque l'objet ne se retrouve plus en nature il n'aura qu'un dividende, à l'exception du cas où la masse s'en est enrichie (art. 40, V. suprà n° 130).

f) Enfin les frais indispensables pour les obsèques du débiteur failli s'il est mort après la déclaration de faillite ; si le failli est mort avant la déclaration de faillite — et selon l'art. 51 de la *Konkursordnung* autrichienne, toujours — ces frais sont considérés comme créance privilégiée rentrant dans le premier rang (V. suprà n° 159).

II. — SITUATION DES CRÉANCIERS DE LA MASSE.

202. — Puisque ces frais ont été faits dans l'intérêt de tous les créanciers, il en résulte qu'ils seront payés sur l'actif avant tout prélèvement au profit des créanciers du failli. Ceux-ci ne doivent rien obtenir avant que les créanciers de la masse n'aient reçu leur paiement intégral.

Les créanciers de la masse doivent être payés aussitôt que leurs créances sont vérifiées et échues et, sous

la réserve de l'article 46, al. 2, il leur est permis de demander l'exécution contre la masse (art. 136) ⁽⁷⁰⁾. L'art. 46, al. 2, vise la clôture pour cause d'insuffisance d'actif : « Au cas où la masse ne suffit pas au paiement intégral des dettes de la masse faillie, seront réglés d'abord les frais et les dépenses mentionnés à l'art. 45, al. 1 et 2, que le syndic a payés de son propre argent » (V. *suprà* n° 201). Les autres dettes seront payées au marc le franc. Mais on ne peut pas réclamer la restitution de ce qui a été payé à titre des dettes de la masse et qui dépasse la somme qui serait dévolue à ces dettes si elles avaient été payées proportionnellement ⁽⁷¹⁾.

En cas de concordat, les créanciers de la masse doivent être intégralement payés, ainsi que les créances des deux premiers rangs (art. 162, al. 1^{er}).

La situation qui est faite aux créanciers de la masse au jour où la faillite vient à se clore par la répartition des biens, est plus délicate à préciser. Les créanciers de la masse n'ont certainement en principe aucun recours sur la fortune personnelle des créanciers dans la masse. Le syndic n'a pas qualité pour engager cha-

(70) Ils ne subissent pas les effets de la faillite en ce qui concerne la procédure de la vérification des créances, la cessation du cours d'intérêts, la suspension des poursuites individuelles. Le principe *prior tempore potior jure* leur reste applicable.

(71) De même, art. 13 de la loi serbe de 1861 et l'art. 47 de la loi autrichienne de 1914. Au contraire, la *Konkursordnung* allemande de 1898 (art. 60) et la loi hongroise (art. 50) opposent les *frais de la masse* (*Massekosten*, comprenant les frais de justice, les frais d'administration et les secours adressés au failli) *aux dettes de la masse* (*Masseschulden*, comprenant les dettes résultant des actes du syndic, des contrats synallagmatiques continués par la masse et de l'enrichissement sans cause) et font passer les dettes de la masse avant les frais de la masse. L'ancienne loi croate (art. 34) connaissait la même distinction, mais elle donnait priorité aux frais de la masse.

cun de ces derniers individuellement ⁽⁷²⁾. Mais les créanciers de la masse n'ont-ils pas du moins, pour leur découvert, un recours contre le failli personnellement au cas où celui-ci revient à meilleure fortune ? Nous ne le croyons pas. Le syndic en effet ne représente le débiteur qu'en tant que propriétaire des biens compris dans la faillite ⁽⁷³⁾.

Quant aux rapports des créanciers de la masse entre eux, nous avons vu plus haut qu'ils ont en principe des droits égaux sur la masse, sauf si le syndic a consenti régulièrement à l'un d'eux une sûreté spéciale sur quelque portion de ce patrimoine. Quant au concours des créanciers de la masse avec des créanciers ayant un privilège spécial ou hypothèque, l'art. 46, al. 1^{er}, dit que les dettes de la masse doivent être payées en premier lieu et *cela sur la masse* ⁽⁷⁴⁾ à laquelle elles

(72) A ce principe l'art. 533 du Code de Commerce français apporte une exception : Lorsque les opérations du syndic entraîneront des engagements qui excéderaient l'actif de l'union, les créanciers qui auront autorisé ces opérations seront seuls tenus personnellement au delà de leur part dans l'actif, mais seulement dans les limites du mandat qu'ils auront donné.

(73) En ce sens : PERCEROU, *op. cit.*, n° 1146 *ter* ; KOHLER, *op. cit.*, p. 387 ; MITROVIC, *op. cit.*, p. 119 : l'arrêt de la Cour Suprême autrichienne, du 23 octobre 1913, rapporté par ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 207, n° 1. — En sens contraire : BARTSCH, *op. cit.*, p. 49 et 50 : « *Masseforderungen sind Forderungen gegen den Gemeinschaftschuldner, nicht gegen die Masse als Rechtssubjekt, auch nicht gegen die Gesamtheit der Konkursgläubiger* ». Toutefois, BARTSCH distingue les dettes de la masse ayant leur source à une époque antérieure à la déclaration de faillite des dettes faites dans l'intérêt des créanciers : « *Namentlich braucht der Gemeinschaftschuldner nicht etwa ein durch den Konkurs nicht gedecktes Honorar des Masseverwalters aus eigenem zu bezahlen* ». Mais ce n'est pas l'opinion de la Cour Suprême autrichienne qui disait, dans son arrêt du 20 décembre 1927 : « bien que la loi n'en dise rien, le débiteur répond des honoraires du syndic même après la clôture de la faillite ».

(74) Sur la « masse spéciale » et « masse générale », voir *supra*, n° 167.

se rapportent. Ainsi, avant les créanciers hypothécaires ou privilégiés, passent d'abord les frais d'administration et en général tous les frais qui ont été faits pour la conservation de la chose. Lorsqu'il y a doute sur le point de savoir si certains frais se rapportent à la masse générale ou à la masse spéciale, ces frais seront considérés comme se rapportant à la masse générale (art. 46, al. 3).

CHAPITRE VI

L'Administration de la Faillite

203. — Nous avons vu plus haut que le débiteur, étant dessaisi par le jugement déclaratif de faillite, ne peut accomplir valablement aucun acte concernant l'administration de son patrimoine ⁽¹⁾. La loi a donc dû prévoir comment sera assurée cette administration. C'est le syndic qui prend la place du débiteur et son rôle consiste dans l'administration et la réalisation des biens du failli pour arriver au but de la procédure : à la répartition des sommes entre les créanciers.

A cet effet, le syndic doit prendre des mesures relatives à la constatation de l'actif en vue d'établir la situation exacte du failli. Il doit administrer et réaliser les biens de la faillite. A ce propos, nous examinerons dans une première section quels sont les actes que peut accomplir le syndic. Pour pouvoir distribuer les deniers de la faillite parmi les créanciers, le syndic doit rechercher l'importance du passif. Dans une deuxième

(1) V. n^o 111 et suiv.

section, nous étudierons donc la procédure de la vérification et de l'affirmation des créances.

Première section

CONSTATATION DE L'ACTIF

1° L'inventaire et l'estimation.

204. — Il importe de connaître dès l'ouverture de la faillite le patrimoine approximatif du failli. Pour que le tribunal puisse statuer sur le sort ultérieur de la procédure, il doit savoir de quels biens se compose la masse de la faillite ou tout au moins quels sont les biens qui se trouvent en la possession matérielle du failli et quel est le montant de ses dettes. C'est alors que le tribunal verra si la procédure doit être continuée ou suspendue pour cause d'insuffisance d'actif.

A l'ouverture de la faillite, le juge-commissaire, le syndic ou une personne autorisée par le tribunal de faillite, dans la pratique un notaire, dressera l'inventaire, en présence du débiteur autant qu'il est possible ⁽²⁾.

205. — Pour faciliter l'établissement de l'inventaire et, par là, pour accélérer la procédure, la loi yougoslave édicte une série d'obligations à la charge du débiteur :

(2) V. art. 106 de la loi yougoslave. Cfr. art. 479 et s. du C. de Com. français ; art. 739 du C. de Com. italien ; art. 122 et s. de la K. O. allemande ; art. 96 de la loi autrichienne et art. 112 et s. de la loi hongroise.

a) Le débiteur doit donner au syndic tous les renseignements nécessaires pour l'administration (art. 109) ⁽³⁾. Cette obligation est sanctionnée par l'article 113 qui permet l'emprisonnement du débiteur (V. n° 107).

b) Le plus souvent, en demandant la déclaration de faillite, le débiteur remet au tribunal la liste contenant l'énumération des objets de son patrimoine. Mais s'il ne le fait pas — le dépôt de bilan n'étant pas obligatoire — le juge-commissaire l'invitera à le faire de suite. S'il s'y refuse (ce qui constitue une cause d'indignité empêchant la conclusion d'un concordat ⁽⁴⁾ et de plus, s'il est commerçant, l'expose à être mis en prison), le juge-commissaire peut ordonner au syndic de l'établir lui-même ⁽⁵⁾.

Le bilan doit contenir la liste des objets rentrant dans son avoir ainsi que de ses créances en indiquant si elles sont réalisables et dans quelle mesure, ensuite l'énumération de toutes ses dettes avec l'indication des adresses des créanciers et des liens de parenté ou d'alliance existant entre le débiteur et ses créanciers (art. 110, al. 2). Cette dernière mention est nécessaire à cause de l'annulation possible de certains actes en raison de ces liens (V. n° 125), ensuite à cause des incapacités spéciales d'être syndic (V. n° 91) et de voter le projet de concordat (V. n° 270). Le bilan ainsi établi par le débiteur doit être signé par lui ; en même

(3) Cfr. art. 100 de la K. O. allemande et art. 99 de la loi autrichienne.

(4) V. *infra*, n° 262.

(5) Art. 110 de la loi yougoslave. Cfr. *supra*, n° 56.

temps il doit offrir de prêter le serment de manifestation.

c) Par l'offre du serment de manifestation (*prokazna zakletva*, *Offenbarungseid*), le débiteur déclare être prêt à jurer que les indications contenues dans son bilan sont exactes et complètes et qu'il n'a rien caché de son patrimoine (art. 111, al. 1^{er}) ⁽⁶⁾. Le débiteur doit prêter le serment de manifestation dès que le syndic ou un créancier le réclame ou le juge-commissaire l'ordonne. La date de l'audience destinée à la prestation de serment sera publiée par l'affichage aux tableaux du tribunal. A cette audience seront convoqués le syndic, les membres du comité des créanciers et la personne qui a demandé la prestation de serment (art. 111, al. 2).

Notons que ce serment peut être demandé aussi au débiteur en cas de non-ouverture ou de suspension de la procédure pour cause d'insuffisance d'actif.

Le débiteur qui refuse de prêter serment peut être mis en prison et le refus constitue une cause d'indignité le rendant inapte à obtenir un concordat.

Si le débiteur est une masse successorale, une société commerciale ou une personne morale, alors le juge-commissaire décidera si le serment de manifestation sera déféré à tous les héritiers (associés ou représentants) ou seulement à certains d'entre eux (art. 112).

206. — L'inventaire est un acte officiel contenant

(6) Cfr. art. 125 de la K. O. allemande ; art. 100 de la loi autrichienne et art. 87 de la loi hongroise.

l'énumération et la description des objets composant la masse de la faillite. S'il y a doute sur certains biens, ils seront quand même inventoriés ; mais, si des tiers prétendent à ces biens, il en sera fait mention à l'inventaire (art. 107, al. 1^{er}, de la loi yougoslave). L'inventaire n'entraîne aucun déplacement de droit. Une chose n'appartenant pas à la masse n'y entrera pas par le seul effet de l'inventaire ; le propriétaire pourra toujours la revendiquer. Et, inversement, l'omission dans l'inventaire de certains objets appartenant à la masse, n'a aucun effet préjudiciable à l'égard des créanciers. Celui qui détient des biens appartenant à la masse doit en aviser le syndic aussitôt qu'il aura appris que la faillite a été déclarée. Il doit permettre que ces biens soient inventoriés et estimés. Sinon, il sera responsable des dommages survenus par sa faute (art. 107, al. 2).

Nous avons vu (7) que selon le Code civil autrichien, qui est resté en vigueur sur une grande partie du territoire yougoslave, pour la dévolution héréditaire, il faut l'acceptation expresse de l'héritier. Les créanciers héréditaires ont le droit de provoquer la séparation des patrimoines et d'éviter ainsi la confusion des deux patrimoines (art. 812 du Code civil croate). Si une succession est échue au débiteur failli avant la déclaration de faillite, mais qu'au jour de l'ouverture de la faillite il n'ait pas encore fait sa déclaration d'acceptation de la succession, ou si la succession lui échoit au cours de la procédure de faillite, alors on ne portera à l'inventaire que ce qui reste au débiteur,

(7) V. n° 115, note 25.

après déduction sur l'actif successoral de la somme nécessaire au paiement des créanciers héréditaires (art. 108, al. 1^{er} et 3). Si cette masse successorale est déclarée, elle aussi, en faillite, alors les deux procédures de faillite se dérouleront séparément (art. 108, al. 2).

207. — En dressant l'inventaire on procède à l'estimation par expert ou, avec le consentement du juge-commissaire, par un ou plusieurs membres du comité des créanciers (art. 106, al. 2). Cette estimation se fera selon la loi sur l'exécution forcée.

208. — Les lois étrangères contiennent en général les mêmes règles ⁽⁸⁾. Mais, à la différence des lois yougoslave et autrichienne, les autres législations prévoient aussi l'apposition des scellés ⁽⁹⁾. Plus particulièrement la loi française y attache une grande importance ; en effet, il y a lieu à craindre que le failli ne détourne une partie de l'actif dans l'intervalle entre le jugement déclaratif et l'inventaire. Il est regrettable que le législateur yougoslave ait omis de prescrire la mise sous scellés des biens du failli qui est le meilleur moyen d'assurer le dessaisissement effectif, et cela d'autant plus que l'ancienne loi serbe était très claire à ce sujet (art. 30 et 41) ⁽¹⁰⁾.

(8) V. art. 455 à 461 et 468 à 483 du C. de Com. français ; art. 733 à 743 du C. de Com. italien ; art. 100, 101 et 117 à 125 de la K. O. allemande ; art. 96 à 101 de la loi autrichienne et art. 112 à 124 de la loi hongroise.

(9) V. art. 455 du C. de Com. français ; art. 733 et s. du C. de Com. italien ; art. 122 de la K. O. allemande et art. 112 de la loi hongroise.

(10) V. MITROVIC, *op. cit.*, p. 201 et s.

II. — *L'administration et la réalisation des biens du failli.*

209. — La procédure de faillite a un double but : ou bien elle doit aboutir à un concordat, ou bien elle doit finir par la répartition des biens entre les créanciers. Au cours des opérations on ne sait pas encore si la procédure se terminera par l'une ou par l'autre solution. La fonction du syndic consiste à préparer des conditions avantageuses pour toute solution possible. A cet effet il doit prendre en considération l'actif de la masse et ainsi se faire un plan d'opérations en se basant sur la solution qui lui paraît la plus probable, sans toutefois perdre de vue la possibilité de l'autre solution.

Si donc le syndic espère qu'un concordat sera conclu entre le débiteur d'une part, et les créanciers de l'autre, son rôle sera de maintenir l'existence économique du débiteur. Ainsi il exécutera les contrats bilatéraux passés avec le débiteur avant l'ouverture de la faillite ; il continuera le commerce du failli qui doit avoir une situation économique saine, un commerce viable le jour où le concordat sera définitivement accepté.

Tout autre sera la gestion du syndic, s'il croit que la faillite se clôra par la répartition des biens. Il dénoncera tous les contrats conclus par le débiteur, réalisera les marchandises et les biens du failli. Toutefois, s'il veut vendre le fonds de commerce du failli, tout en aliénant les autres biens, il s'efforcera de faire revivre le commerce, de garnir les magasins de marchandises, de maintenir la clientèle ; car le plus sou-

vent il est plus avantageux pour la masse de vendre un commerce qui prend part à la vie commerciale que de vendre séparément le fonds de commerce, les meubles, les marchandises, etc...

La nouvelle loi yougoslave permet la vente des biens avant toute tentative de concordat de la part du débiteur. Les anciennes lois sur la faillite ayant été en vigueur sur le territoire yougoslave contenaient des règles différentes. Selon l'article 143 de la loi croate et l'art 81 de la loi serbe, toutes deux abrogées, le patrimoine inventorié et estimé restait entre les mains du syndic pour que ce dernier le gérât et le fît fructifier ; les biens du failli ne pouvaient être aliénés qu'après l'échec de la proposition du concordat. Ces différences avec la loi actuelle résultaient de la procédure suivie par ces deux lois. Elles prévoyaient une obligation pour la justice de s'efforcer de réaliser un concordat entre le débiteur et les créanciers. A cet effet, le jugement déclaratif de faillite fixait une assemblée destinée à la proposition du concordat. Jusqu'à la date de cette assemblée, le syndic ne pouvait faire aucun acte de disposition, exception faite des objets périssables ; son rôle se bornait à l'administration du patrimoine du failli. Ce n'est qu'au cas où le concordat n'intervenait pas que les biens étaient vendus et répartis entre les créanciers ⁽¹¹⁾.

Selon la nouvelle loi yougoslave, au contraire, le tribunal ne doit pas s'occuper de l'éventualité d'un concordat. Ce n'est que sur la demande du failli qu'une

(11) V. MITROVIC, *op. cit.*, p. 205 ; POLITEO, *op. cit.*, p. 121 ; PODGRADSKI, *op. cit.*, p. 70.

assemblée sera convoquée pour la discussion et le vote d'un concordat.

Les lois étrangères ne confèrent pas toutes les mêmes pouvoirs au syndic quant à l'administration de la masse de la faillite.

210. — La *Konkursordnung* allemande (art. 126 à 137) donne au syndic des pouvoirs très larges : le syndic administre les biens du failli ; il peut les aliéner avec l'autorisation du comité des créanciers (art. 133) ou de l'assemblée des créanciers (art. 134). La procédure suit sa marche, conformément au principe de l'autonomie des créanciers, sans l'intervention de la justice, et le syndic peut procéder à la vente des biens sans attendre la proposition du concordat.

211. — Le même principe est adopté par la loi yougoslave et la *Konkursordnung* autrichienne (art. 115 à 123), sous la réserve toutefois de l'exception prévue par l'art. 129 de la loi yougoslave ⁽¹²⁾ (qui correspond à l'art. 117 de la K. O. autrichienne), d'après lequel, pour l'aliénation de l'entreprise du débiteur failli, ainsi que pour la vente de marchandises en bloc ou en partie, le syndic doit demander l'autorisation du comité des créanciers et du juge-commissaire.

212. — D'après l'art. 157 de la loi hongroise, l'ingérence du tribunal cesse le jour où l'assemblée de vérification a été tenue. A partir de cette date, les créanciers recouvrent leur autonomie et l'autorisation sera donnée par le comité des créanciers. Les aliéna-

(12) V. *supra*, n° 99.

tions immobilières sont permises, même avant la vérification des créances, mais seulement avec l'autorisation du tribunal de faillite (art. 160).

213. — En Italie, comme dans les pays ci-dessus énumérés, la procédure de faillite a en vue la réalisation de l'actif. Le Code de commerce de 1883 a supprimé la division de la procédure en deux phases : l'administration provisoire (*consorzio*) et l'union. Selon le nouveau Code, « le défaut de conclusion d'un concordat n'est plus une cause d'aucun changement dans la condition juridique de la faillite et des créanciers » et « l'espoir d'obtenir le concordat ne doit jamais être un obstacle au cours régulier de la procédure judiciaire de faillite » ⁽¹³⁾. Ainsi la vente mobilière et immobilière est toujours possible. Mais en Italie, ce n'est plus le comité des créanciers qui donne son autorisation, c'est le juge-commissaire (art. 793 à 801 du Code de com. ; art. 5 de la loi de 1930).

214. — Tout différent est le système français. Selon l'article 504 du Code de com., « dans les trois jours qui suivront les délais prescrits pour l'affirmation, le juge-commissaire fera convoquer par le greffier, à l'effet de délibérer sur la formation du concordat, les créanciers dont les créances auront été vérifiées et affirmées ou admises par provision... » et selon l'art. 529, « s'il n'intervient point de concordat, les créanciers seront de plein droit en état d'union ». Ainsi donc il faut distinguer les deux phases : la procédure

(13) VIDARI, *Corso di dir. com.*, VIII, n° 8080.

de faillite proprement dite (ou l'administration provisoire) et l'état d'union.

Le syndic doit, jusqu'au jour de la discussion du concordat, administrer le patrimoine du failli, il doit donc attendre cette proposition. Son rôle consiste dans la gestion du patrimoine et, en principe, il ne peut faire que des actes conservatoires ⁽¹⁴⁾. Quant aux actes d'aliénation, il faut distinguer les meubles et immeubles. Le syndic peut vendre le mobilier avec l'autorisation du juge-commissaire, qui déterminera la forme de la vente (à l'amiable ou aux enchères publiques). Quant aux immeubles, le système primitif du Code n'admettait pas que le syndic eût à faire vendre les immeubles avant l'union. Ce système était fâcheux en ce sens que le syndic peut avoir besoin de fonds pour suivre les opérations de liquidation et que la vente des immeubles pourrait lui en procurer. Aussi le système a été modifié par la loi du 5 janvier 1914

(14) Parmi les actes conservatoires il y en a un qui doit être précisé à cause de son caractère spécial, c'est l'inscription de l'hypothèque de la masse. Bien que la loi ne dise pas expressément que la masse a une hypothèque sur les immeubles du failli (V. notamment art. 490, al. 3 du C. de Com. : « Ils (les syndics) seront tenus aussi de prendre inscription, au nom de la masse des créanciers, sur les immeubles du failli dont ils connaîtront l'existence »), aujourd'hui tout le monde reconnaît l'existence d'une hypothèque au profit de la masse. PERCEROU, *op. cit.* n° 808; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n° 276. — L'utilité de l'hypothèque de la masse se présente en cas de concordat. Par l'effet de l'homologation du concordat, le failli est remis à la tête de ses affaires, il pourrait aliéner ou hypothéquer ses biens, mais précisément l'existence de cette hypothèque continue à garantir aux créanciers le paiement de leurs créances. Quant à la nature de l'hypothèque, la majorité des auteurs modernes la considère comme une hypothèque légale et non pas judiciaire. PERCEROU, *op. cit.*, n° 812; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n° 277.

Le Code de Com. italien du 25 juin 1865 contenait dans son art. 599 une disposition pareille, mais le nouveau Code de 1883 ne l'a pas reproduite. V. VIDARI, *op. cit.*, VIII, n° 7804.

qui décide que le syndic peut vendre les immeubles même avant l'union. Ainsi les immeubles peuvent être vendus eux aussi, mais la vente doit avoir lieu dans la forme de la vente des biens de mineurs.

Mais lorsque le concordat a été repoussé, les créanciers sont en état d'union. Ils procèdent à l'élection de nouveaux syndics (syndic de l'union) dont le rôle consiste dans la réalisation du patrimoine du failli et dans la répartition des deniers ainsi obtenus. « Les syndics représentent la masse des créanciers » (art. 352) et « sont chargés de poursuivre la vente des immeubles, marchandises et effets mobiliers du failli sous la surveillance du juge-commissaire » (534). C'est une concession large faite au principe de l'autonomie des créanciers. Ils n'ont donc pas besoin de demander l'autorisation du tribunal pour les aliénations immobilières ⁽¹⁵⁾.

215. — Selon la loi yougoslave, c'est le syndic qui prend les décisions concernant l'administration et la vente des biens. Mais il n'est pas le maître souverain de la masse de la faillite. La loi lui a donné un collaborateur : le comité des créanciers, dont il doit obtenir l'autorisation à l'occasion de chaque disposition importante. La loi considère comme les dispositions les plus importantes : la cessation ou la continuation de l'entreprise du débiteur et la libre aliénation du mobilier si elle n'est pas une conséquence de la continuation de l'entreprise (art. 127, al. 1^{er}). Mais le

(15) V. l'arrêt de la Cour d'Appel de Nîmes, du 26 juin 1908, D. P., 1908, 2, 409 et sur pourvoi. Requ., 26 oct. 1909, D. P., 1910, 1, 64.

juge-commissaire peut donner cette autorisation dans des cas urgents.

L'argent provenant de l'aliénation doit être placé par le syndic. Ce placement doit être effectué à la Banque Hypothécaire, d'après la loi sur cette banque.

Les art. 128 et 129 déterminent les pouvoirs du syndic et énumèrent les actes pour lesquels la loi exige l'autorisation du comité des créanciers ⁽¹⁶⁾.

La loi yougoslave ne contient que très peu de dispositions sur le mode d'aliénation des biens du failli. Aux termes de l'art. 131, al. 1^{er}, « les biens doivent être, sur la proposition du syndic, aliénés en justice autant qu'une autre manière de liquidation n'est pas prescrite ». Le syndic n'a besoin d'aucune autorisation pour l'aliénation judiciaire, à l'exception du cas où des membres du comité des créanciers veulent acquérir ces biens. Pourtant le syndic sera responsable envers tous ceux qui sont parties à la faillite, s'il n'a pas tenté d'aliéner les biens par d'autres modes plus économiques ⁽¹⁷⁾.

Pour l'aliénation des biens par la vente judiciaire sont applicables les dispositions de la loi sur l'exécution forcée, sous les dérogations suivantes (art. 131, al. 2) :

a) C'est au syndic qu'appartient la qualité de demandeur dans la procédure d'exécution.

b) Ne sont pas applicables les dispositions de la loi sur l'exécution d'après lesquelles il ne peut être de-

(16) V. n° 99. Cfr. n° 94, où nous avons examiné les pouvoirs du syndic.

(17) En ce sens ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 314.

mandé une adjudication nouvelle avant qu'il se soit écoulé six mois à partir du jour qui y est désigné.

c) Le tribunal n'est pas obligé d'observer le délai prescrit par la loi sur l'exécution quant à la convocation de l'audience destinée à l'adjudication.

d) Par contre, seront applicables les dispositions de la loi sur l'exécution selon lesquelles il n'y aura pas lieu à une nouvelle estimation lorsque les immeubles ont été déjà estimés au cours des opérations de la faillite.

Le comité des créanciers peut, avec l'autorisation du juge-commissaire, décider de renoncer à la vente des biens de valeur minime et à la vente des créances du failli dont la réalisation ne promet que des résultats insignifiants. Ces créances et biens seront laissés à la libre disposition du débiteur.

216. - La loi yougoslave a édicté des dispositions spéciales aux droits des créanciers gagistes, en cas d'aliénation par le syndic des biens du failli grevés de droits réels ou donnés en gage. Ces dispositions ont pour base la triple règle : les droits des créanciers gagistes doivent demeurer intacts ; mais, d'autre part, ce qui reste après leur paiement revient à la masse, et enfin ces créanciers ne peuvent pas exercer leurs droits au détriment des créanciers chirographaires.

Aux termes de l'art. 132, al. 1^{er}, le syndic peut, à tout moment, racheter un objet donné en gage en payant le créancier gagiste et subroger la masse dans les droits d'un créancier hypothécaire en lui payant sa créance. Cette disposition est applicable *mutatis*

mutandis aux autres droits réels assimilés au droit de gage (V. n° 166). Les biens grevés de droits réels peuvent être vendus même sans le consentement du créancier gagiste, mais la forme de la vente est dans ce cas toujours la vente judiciaire. Toutefois les biens peuvent être aliénés par d'autres modes, si le créancier gagiste y consent, ou même sans son consentement, mais avec l'autorisation du juge-commissaire, s'il est certain que le créancier gagiste sera intégralement payé du prix obtenu (art. 132, al. 2). Lorsque les créances garanties par l'immeuble sont échues, le tribunal peut sommer les créanciers de liquider les biens eux-mêmes, et s'ils ne le font pas dans le délai déterminé par le tribunal, ces biens doivent être remis au syndic en vue de leur liquidation (art. 132, al. 3).

Le syndic, à la fin de sa gestion et toutes les fois que le juge-commissaire l'ordonne, doit rendre des comptes de son administration. C'est le juge-commissaire qui les examine et les vérifie et, en cas de contestation, c'est le tribunal qui statue définitivement (art. 133 à 135).

Deuxième section

PROCÉDURE DE LA VÉRIFICATION ET L'AFFIRMATION DES CRÉANCES

217. — La constatation du passif est une des formalités les plus importantes de la procédure de faillite. Il y a lieu de rechercher quels sont les créanciers qui vont être admis à faire valoir leurs droits à l'égard

de la faillite, et ensuite de déterminer d'une manière plus précise la procédure à suivre pour cette constatation.

I. — *Créances soumises à la procédure de vérification.*

218. — En principe, tous les créanciers qui prennent part à la procédure de faillite sont obligés de produire leurs créances. Nous avons examiné plus haut (V. n° 139) quels sont les créanciers dans la masse et nous avons dit que ces créanciers doivent suivre la procédure de vérification de créances pour qu'ils puissent toucher leur dividende.

Il a été dit plus haut que le débiteur, soit spontanément, soit sur l'invitation du syndic, doit présenter une liste contenant l'énumération de ses créanciers. Seulement cette liste peut ne pas contenir tous les créanciers, et pour cette raison le tribunal doit convoquer tous les créanciers et examiner leurs prétentions.

219. — A) *Créances ordinaires.* — Les créanciers chirographaires doivent présenter leurs créances; c'est précisément pour eux que la faillite a été déclarée et ce sont eux qui jouent le rôle le plus important dans toute la procédure de faillite.

220. — La répartition devant être faite en argent, il y a lieu de « transformer » les créances dont l'objet n'est pas de l'argent ou dont le montant n'est pas déterminé, et les créances exprimées en valeur étran-

gère doivent être inscrites en monnaie nationale au cours du jour de la déclaration de faillite ⁽¹⁸⁾ La transformation de la créance en argent et en monnaie nationale est faite par le créancier lui-même.

221. — Par l'effet de la déclaration de faillite, les créances à terme seront considérées comme échues, et partant ces créances peuvent être produites ⁽¹⁹⁾.

222. — La loi yougoslave prévoit le cas où une créance à terme ne porte pas d'intérêt. Nous avons vu que la déclaration de faillite arrête le cours des intérêts à l'égard de la masse et que ceux-ci ne seront pas payés au cours de la procédure (art. 42). Si les créances ne portant pas intérêts étaient payées pour leur valeur nominale, le principe de l'égalité des créanciers ne serait plus maintenu. Ne serait-il pas injuste de traiter de la même manière un créancier qui, en prêtant 10.000 francs, avait incorporé les intérêts dans le capital prêté et simplement stipulé le remboursement de 20.000 francs à 10 ans d'échéance et qui, à la déclaration de failite, a droit immédiatement au paiement des 20.000 francs, et un autre créancier qui avait prêté 10.000 francs en stipulant des intérêts à 5 % et voit le cours des intérêts arrêté par la faillite ? Et pourtant c'est le système français. L'art. 445, al. 1^{er}, du Code de com. français ne distingue pas ⁽²⁰⁾.

(18) Art. 13, al. 1^{er} de la loi yougoslave ; art. 69 de la K. O. allemande ; art. 14 de la loi autrichienne ; cfr. l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 7 février 1925, D. P. 1926, 2, 9, et la note de M. LACOUR.

(19) V. *supra*, n^{os} 148 et s.

(20) Cfr. PERCEROU, *op. cit.*, n^o 769 ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n^o 259.

Au contraire, l'art. 13, al. 2, de la loi yougoslave impose une réduction au créancier ayant une créance à terme ne portant pas d'intérêt. Cette créance ne peut être produite que « pour le montant qui, augmenté des intérêts légaux calculés à partir de la déclaration de faillite jusqu'à l'échéance, donne le montant nominal de la créance » (21).

223. — Les créances qui ont pour objet des prestations périodiques, comme des rentes annuelles, seront capitalisées, si le temps de leur durée est déterminé. Chacune des prestations est considérée comme une créance à terme ne portant pas intérêt. Elle sera évaluée de la sorte et, en les additionnant, on établira le capital qui représente le montant de la créance. Si la durée de ces créances n'est pas déterminée, les créances doivent être produites pour la valeur qu'elles

(21) V. les dispositions analogues de l'art. 768 du C. de Com. italien (VIDARI, *op. cit.*, VIII, nos 7901 et 7902) ; de l'art. 65, al. 2 de la K. O. allemande ; de l'art. 14 de la loi autrichienne (LEHMANN, *op. cit.*, ad § 14, p. 96) et de l'art. 14, al. 2 de la loi hongroise. — Pour le calcul de l'*interursium* c'est le système d'HOFFMANN qui est généralement adopté. Cfr. pour la Yougoslavie ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 53 ; pour l'Allemagne HEILFRON et PICK, *op. cit.*, p. 210 ; pour l'Autriche LEHMANN, *op. cit.*, p. 99. D'après ce système il faut rechercher la somme qui, augmentée des intérêts légaux depuis la déclaration de faillite jusqu'à l'échéance, s'élèverait au montant nominal actuel de la créance. Désignons la somme cherchée par x , la valeur nominale par n , le taux d'intérêt par p et par t le temps écoulé entre la déclaration de faillite et le jour de l'échéance calculé par jours, alors nous

aurons l'équation suivante : $x = \frac{365. n. 100}{365.100 + p. t.}$

Prenons la somme de 10.000 à l'intérêt légal de 5 %, à l'échéance de deux mois après la déclaration de faillite. Alors $x = \frac{365. 10.000. 100}{365. 100 + 5.60} = 9864$. C'est pour cette somme que le créancier sera admis à produire.

présentent par estimation au jour de la déclaration de faillite ⁽²²⁾.

224. — Les créances sous condition suspensive ne sont pas payées. Leurs titulaires ne peuvent que demander la garantie du paiement en cas de réalisation de la condition. Toute autre est la situation du créancier sous condition résolutoire. Il peut immédiatement exiger la somme, mais doit fournir garantie pour le cas où la condition arriverait ⁽²³⁾.

Les créances conditionnelles peuvent même être invoquées en compensation, sans égard à ce que la condition est suspensive ou résolutoire. Mais le juge-commissaire peut exiger du créancier conditionnel qu'il fournisse caution. Le législateur a estimé que le paiement d'une créance conditionnelle est un acte plus grave que sa compensation. Et pourtant, par la compensation, une créance conditionnelle sera entièrement payée et non pas seulement en dividende. De plus, le dépôt de caution est facultatif et il est subordonné à la libre appréciation du juge-commissaire

225. — Les créances, qui font l'objet de procès interrompus par la déclaration de faillite, doivent être inscrites en faillite. Les procès ne peuvent être repris avant la clôture de la procédure de vérification des

(22) Art. 14 de la loi yougoslave ; art. 70 de la K. O. allemande et art. 15 de la loi autrichienne. Au contraire, selon la loi hongroise (art. 14 et 67) les créances ayant pour objet des prestations périodiques, ne deviennent pas exigibles par la déclaration de faillite.

(23) Art. 15 de la loi yougoslave ; art. 66, 67 et 154 de la K. O. allemande art. 16 de la loi autrichienne et art. 68 de la loi hongroise.

créances (art. 7, al. 3). De cette règle sont exceptées les seules créances susceptibles d'être compensées. Pourtant il est utile d'informer le syndic de leur existence, car c'est le syndic qui reconnaît les droits des créanciers armés de sûretés réelles, selon l'art. 128, 6°.

Lorsque la faillite est déclarée au moment de la clôture de la procédure du concordat préventif, ou dans les quinze jours qui la suivent, les créances produites lors du concordat préventif seront considérées comme inscrites en faillite si le créancier a indiqué dans sa demande le rang auquel il prétend, en cas de déclaration de faillite (art. 114, al. 3).

226. — B) *Créances garanties par des sûretés personnelles.* — En cas de solidarité passive, le créancier peut produire pour le tout à la faillite de chacun des codébiteurs. Le codébiteur solidaire qui a payé pour le failli, peut produire pour cette somme ; si, au contraire, le codébiteur n'a encore rien payé, il peut demander à la faillite de garantir la somme qu'il sera éventuellement obligé de payer, mais à la condition que le créancier commun ne produise pas pour la même dette ⁽²⁴⁾.

227. — C) *Créances garanties par des sûretés réelles.* — Les droits des créanciers à privilège spécial ne sont pas touchés par la déclaration de faillite. Mais il arrive souvent que leur gage est inférieur à leur créance et, en ce cas, si le failli est leur débiteur personnel, ils ont le droit de demander, sur la masse de la faillite,

(24) V. *supra*, n^{os} 190 et s.

le paiement de la partie de leur créance non couverte par le gage. Ainsi, pour cette partie de sa créance, le créancier à privilège spécial se présente en qualité de créancier chirographaire et comme tel il a les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un chirographaire ⁽²⁵⁾.

228. — D) *Sociétés commerciales.* — Lorsque simultanément à la déclaration de faillite d'une société en nom collectif ou en commandite, un des associés personnellement responsable de la société est déclaré aussi en faillite ⁽²⁶⁾, alors les créanciers de la société peuvent produire aussi dans la faillite de l'associé ; mais ils ne seront payés sur cette faillite que dans la mesure où ils n'auront pas été payés sur la faillite de la société. Et en ce cas, les créances vérifiées dans la

(25) Art. 115 de la loi yougoslave ; art. 552 du C. de Com. français ; art. 64 de la K. O. allemande ; art. 103 de la loi autrichienne et art. 66 de la loi hongroise. Cfr. l'arrêt de la Cour de Cass. française du 19 juin 1889, D. P., 89, 1, 377, selon lequel les créanciers privilégiés ou hypothécaires ne sont obligés de se soumettre aux formalités de la vérification que lorsqu'ils veulent prendre part à la distribution des deniers appartenant à la masse chirographaire, et non lorsqu'ils se bornent à poursuivre la réalisation du gage qui leur est spécialement affecté. — V. la note de M. PERCEROU, D. P., 1901, 1, 409. — Cfr. l'arrêt de la Cour Suprême autrichienne du 21 septembre 1909 aux termes duquel le droit de rétention étant assimilé aux privilèges spéciaux, le titulaire du droit n'est pas astreint à produire à la faillite. V. ZUGLIA et VERONA, *op. cit.* p. 42.

(26) Aux termes de l'art. 123 du Code de Com. autrichien et de l'art. 98 du Code de Com. croato-magyar la société se dissout par la déclaration de faillite de l'un des associés personnellement responsables. Cependant les autres coassociés peuvent décider que la société continuera d'exister nonobstant la déclaration de faillite. Cette décision doit être prise à la majorité lorsqu'elle intervient avant la déclaration de faillite. Si, au contraire, les associés ne prennent une telle décision qu'après la déclaration de faillite, la loi exige alors l'unanimité (art. 127 et 128 du Code de Com. autrichien et art. 102 et 103 du Code de Com. croato-magyar).

faillite de la société seront considérées également comme vérifiées dans la faillite de l'associé. Mais, au contraire, les créanciers personnels de l'associé ne peuvent produire dans la faillite de la société (art. 114, alinéa 2).

II. — *Production des créances*

229. — D'une manière générale, le premier acte est la production de la part des créanciers, soit que ceux-ci produisent spontanément, soit qu'ils y soient invités par le syndic toutes les fois que le syndic aura pu avoir connaissance de l'existence de la créance. Dans les législations s'inspirant, comme la yougoslave, des traditions germaniques, le tribunal doit, lors de la déclaration de faillite, fixer un délai pour la production des créances, en se mouvant pour cette fixation, soit dans les limites d'un maximum, soit dans la marge entre un minimum et un maximum indiqués par la loi ⁽²⁷⁾. Cependant les créanciers, qui ont omis de présenter leurs créances dans le délai fixé, ne perdent

(27) La période légale sur laquelle le tribunal peut se mouvoir pour la détermination d'une date ferme d'expiration du délai de production commence à courir à partir de la déclaration de faillite. Mais sa durée varie suivant les pays. Elle est d'un mois en Italie (art. 691-5° du C. de Com.), de deux semaines à trois mois en Allemagne (art. 138), de trente à quatre-vingt-dix jours en Autriche (art. 74), en Yougoslavie (art. 79) et en Hongrie (art. 125). A ce point de vue la loi française se distingue des autres lois par les deux traits suivants : 1° c'est la loi et non pas le tribunal qui détermine le délai précis de production et 2° le point de départ n'est pas la déclaration de faillite. Selon l'art. 492, al. 1^{er} du Code de Com. « les créanciers qui, à l'époque du maintien ou du remplacement des syndics, ...n'auront pas remis leurs titres, seront immédiatement avertis, par des insertions dans les journaux..., qu'ils doivent se présenter... dans le délai de vingt jours, à partir desdites insertions, aux syndics de la faillite... »

pas leurs droits, ils peuvent les présenter encore jusqu'à la *clôture de la procédure de la faillite* ⁽²⁸⁾. Mais ils subissent les conséquences de leur retard. Si les créances tardives n'ont pas pu être examinées à l'assemblée de vérification, le juge-commissaire convoquera une assemblée spéciale pour examiner ces créances, aux frais des créanciers retardataires. Ensuite la loi les oblige à continuer la procédure à l'endroit où elle se trouve au moment de leur arrivée, sans critiquer les faits passés, notamment ils ne peuvent pas contester les créances déjà vérifiées et admises ⁽²⁹⁾. Enfin ils peuvent ne pas être compris dans les répartitions antérieures à leur production ⁽³⁰⁾.

230. — La production se fait par écrit ⁽³¹⁾.

Le créancier doit déposer sa demande en deux exemplaires dont l'un sera remis au tribunal et l'autre au syndic. Le syndic inscrira les créances produites sur une liste spéciale en observant le rang réclamé et avec

(28) Cfr. les arrêts de la Cour Suprême autrichienne, d'après lesquels la créance ne peut plus être produite après que le jugement homologuant le concordat sera passé en force de chose jugée (6 avril 1880), ni après que tous les créanciers auront consenti à la clôture de la faillite (1^{er} juillet 1874). V. ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 297.

(29) V. sur ces points : art. 503 du C. de Com. français ; art. 770 du C. de Com. italien ; art. 142 de la K. O. allemande de 1898 ; art. 106 et 107 de la loi autrichienne de 1914 ; art. 120 de la loi yougoslave de 1929 et art. 143 de la loi hongroise de 1881.

(30) V. sur ce dernier point n° 297.

(31) Art. 116, al. 3 de la loi yougoslave ; art. 491 du C. de Com. français ; art. 760 du C. de Com. italien ; art. 104 de la loi autrichienne et art. 127 de la loi hongroise. Au contraire, selon l'art. 139 de la K. O. allemande « la production peut être présentée au tribunal par écrit ou être transcrite au procès-verbal du greffier » ; de même, selon l'ancienne loi serbe la production pouvait être faite, soit oralement, soit par écrit (art. 22 *in fine*). V. MITROVIC, *op. cit.*, p. 209.

la mention de la date de leur production. Cette liste sera présentée au tribunal (art. 116).

Tout intéressé (les créanciers, le débiteur, le syndic, le cocontractant d'actes annulés en vertu des art. 28 à 32, les cautions et codébiteurs du failli) peut examiner les demandes d'inscription des créances et les pièces jointes (art. 116, al. 6).

Le créancier domicilié à l'étranger doit élire domicile chez une personne domiciliée en territoire national pour y recevoir les significations. S'il a omis de le faire, le juge-commissaire nommera lui-même une personne qui le représentera, aux frais et périls du créancier (art. 116, al. 4).

231. — L'acte de production doit contenir le montant et l'origine de la créance, ainsi que les moyens de preuve et le rang réclamé. Lorsque la créance fait l'objet d'un procès en cours, mention doit être faite du tribunal devant lequel se déroule le procès, avec le numéro du dossier (art. 115, al. 1 et 2).

Dans l'acte par lequel le créancier produit sa créance en cas de faillite d'une société commerciale, celui-ci peut également demander l'inscription de cette créance dans la faillite de l'associé personnellement responsable de cette société (art. 116, al. 2). Seulement, en ce cas, il faudra le plus souvent que le créancier apporte quatre exemplaires de sa demande, car bien que le tribunal puisse être le même par l'effet de la connexité, les syndics peuvent être différents.

En outre, lorsqu'un créancier à privilège spécial se présente en qualité de simple chirographaire pour la

fraction de sa créance non couverte par son droit réel, il doit faire un exposé de faits, désigner exactement l'objet de son droit réel et indiquer la somme pour laquelle sa créance sera probablement couverte par la réalisation de son gage (art. 115, al. 3).

232. — La production vaut demande en justice en ce sens qu'elle interrompt la prescription ⁽³²⁾. La prescription de la créance ne sera pas interrompue par le seul fait de la déclaration de faillite, comme en droit hongrois ⁽³³⁾. Pour que la prescription ne puisse courir ou qu'elle soit interrompue, la loi exige une double condition : la créance doit être produite et elle doit être vérifiée et admise.

Lorsque ces deux conditions sont réunies, l'interruption de la prescription se produit immédiatement aussi bien à l'égard de la masse qu'à l'égard du débiteur, et cette interruption ne prend fin qu'au jour où le jugement de clôture passe en force de chose jugée. Toutefois, si le débiteur conteste la véracité de la créance, la prescription ne sera interrompue qu'à l'égard de la masse.

Au cas où la créance n'a pas été admise, la prescription, qui a été interrompue par le fait de la production *sous la condition que la créance soit admise*,

(32) Art. 9 de la loi yougoslave ; art. 9 de la loi autrichienne et art. 13 de la K. O. allemande ; cfr. KOHLER, *op. cit.*, p. 329. En ce qui concerne la loi hongroise, voir la note suivante.

(33) En Hongrie, selon l'art. 15 de la loi sur la faillite, « la prescription ne pourra commencer de courir à l'égard des créances soumises à la production et la prescription commencée sera interrompue pendant les opérations de la faillite ». Mais cette règle n'est pas applicable aux créanciers qui ont droit au paiement séparé. V. KATONA, *op. cit.*, p. 18.

sera considérée comme n'ayant jamais été interrompue, mais ayant été simplement suspendue. La suspension dure jusqu'au jour qui a été déterminé par le juge-commissaire pour intenter le procès en vue d'obtenir la vérification de la créance. Si dans ce délai le procès n'est pas intenté, la prescription recommence à courir.

233. — III. — Procédure de la vérification des créances.

Pour savoir quelles créances seront prises en considération lors de la répartition des biens du failli, pour connaître les créanciers qui prendront part aux opérations ultérieures, il faut examiner les créances, leurs véracité et rang. A cet effet, le tribunal déterminera dans la publication du jugement déclaratif de faillite la date de l'assemblée générale destinée à la vérification des créances ⁽³⁴⁾.

A l'assemblée doivent assister le syndic et autant que possible le débiteur ; les livres et les notes du failli y seront apportés (art. 77, al. 1^{er}, de la loi yougo-

(34) Quant à la date de l'assemblée de vérification, il convient de distinguer le système suivi par la loi française de celui des autres lois, comme pour le délai de production (V. note 27 ci-dessus). En France la vérification des créances commencera dans les trois jours de l'expiration des délais déterminés pour la production ; elle se fera aux lieu, jour et heure indiqués par le juge-commissaire (art. 493). Au contraire, dans les autres pays le jugement déclaratif de faillite fixe le jour où se tiendra cette assemblée. Mais le jour ainsi choisi doit se placer dans un délai déterminé par la loi qui n'est pas le même dans les différents pays et qui commence à courir à partir de l'expiration des délais de production. Ce délai est de quinze jours en Yougoslavie (art. 79 *in fine*), de vingt jours en Italie (art. 691-6°), d'une semaine à deux mois en Allemagne (art. 138 *in fine*), de quatorze jours en Autriche (art. 74) et de trente jours en Hongrie (art. 89-6°).

slave). L'examen des créances se fera selon le rang réclamé et les créances du même rang seront examinées d'après leur date de réception. Les créances sont vérifiées et admises par le syndic ⁽³⁵⁾. C'est lui qui représente les intérêts de tous les créanciers, sous le contrôle du juge-commissaire. Le syndic doit déclarer à l'examen de chacune des créances qu'elle sera rejetée ou admise et dans quel rang. Il doit le faire « sans condition », selon l'art. 117, al. 3, c'est-à-dire qu'il ne peut soumettre l'admission ou le rejet à aucune condition, au serment par exemple. Mais cela ne veut pas dire que le syndic doit admettre ou rejeter la créance en bloc ; il peut réduire le montant de la créance, la classer dans un autre rang que celui qui est demandé.

Dans l'examen des créances, le syndic n'est pas armé de pouvoirs discrétionnaires ; des observations peuvent être faites soit de la part des créanciers, soit de la part du débiteur (art. 117, al. 4 et 5).

Les créanciers dont les créances ont été vérifiées et ceux auxquels le droit de vote a été reconnu peuvent contester et la véracité et le rang des créances produites. La contestation ne peut être faite qu'oralement, ce qui suppose la présence effective du créancier ou de son mandataire, et seulement pendant la discussion de la créance en question. Une fois la discussion

(35) Il en est ainsi en Yougoslavie (art. 117), en France (art. 493, al. 2), en Allemagne (art. 144), en Autriche (art. 105) et en Hongrie (art. 139). La même disposition était contenue dans l'art. 603 de l'ancien Code de Com. italien. Mais le nouveau Code de 1883 a attribué cette compétence au juge-commissaire (art. 761, al. 1^{er}). V. VIDARI, *op. cit.*, nos 7868 à 7871.

close, ni la véracité, ni le rang de la créance ne peuvent plus être contestés. Le créancier dont la créance n'a pas été admise, peut demander le droit de vote aux assemblées.

Le débiteur peut, lui aussi, de son côté, contester la véracité de la créance, mais non pas le rang. Seulement cette contestation n'aura pas d'effet pendant la procédure de faillite et le créancier sera payé nonobstant l'opposition du débiteur.

Lorsque toutes les créances produites ont été examinées, cette procédure se clôt. Les créances qui n'ont pas pu être examinées à cette assemblée seront vérifiées au cours d'une assemblée ultérieure qui sera fixée par le juge-commissaire. Cependant, jusqu'à la clôture de l'assemblée, tant qu'une créance n'a pas encore été examinée, admise ou rejetée, le créancier peut toujours modifier le montant ainsi que le rang réclamé par lui pour sa créance, si la procédure de la vérification n'est pas par là compliquée (art. 118). Le créancier peut-il bénéficier d'office d'un rang supérieur à celui qu'il a demandé ? Nous ne le croyons pas. Vu le caractère judiciaire de la procédure, il ne peut être alloué à aucun créancier plus qu'il n'a demandé, ni dans des conditions meilleures qu'il ne le demande lui-même ⁽³⁶⁾.

IV. — RÉSULTAT DE LA PROCÉDURE.

234. — Le troisième acte de la procédure est l'admission. Pendant la procédure de la vérification des

(36) En ce sens POLITEO, *op. cit.*, p. 114.

créances, un procès-verbal doit être dressé séance tenante. A ce procès-verbal sera jointe la liste des créances qui « sera considérée comme partie intégrante du procès-verbal » (art. 119, al. 2, de la loi yougoslave) et qui portera le résultat de la procédure. L'examen des créances aura pour résultat ou leur admission ou leur rejet. Seulement les débats de cette contestation peuvent être longs, et il est encore possible que les créanciers intéressés aillent en appel, ce qui prolongerait d'une manière interminable les opérations de la faillite. Aussi le juge-commissaire peut-il décider l'admission provisionnelle du créancier contesté aux opérations de la faillite, notamment lui concéder le droit de prendre part au vote en ce qui concerne le concordat.

235. — La créance est admise lorsque ni le syndic, ni les créanciers ne l'ont contestée⁽³⁷⁾. Il arrive parfois que le syndic est lui-même créancier. En ce cas il est évident qu'il ne peut pas reconnaître sa propre créance. La loi a prévu cette éventualité et décide que c'est son adjoint qui agira en qualité de syndic et, lorsqu'il n'y a pas d'adjoint, le juge-commissaire doit nommer un curateur *ad hoc*⁽³⁸⁾.

La contestation de la part du débiteur ne peut aucunement influencer la marche de la procédure. Toute-

(37) C'est ce que disent expressément les lois yougoslave (art. 121, al. 1^{er}), allemande (art. 143), autrichienne (art. 109) et hongroise (art. 139, al. 3).

(38) Art. 121 de la loi yougoslave ; art. 109 de la loi autrichienne et art. 140 de la loi hongroise. En France les créances des syndics sont vérifiées par le juge-commissaire (art. 493, al. 2).

fois les observations du failli seront mentionnées sur la liste des créances ; car les effets de la contestation se produiront à la fin de la procédure de faillite ou à la conclusion du concordat.

Nous rencontrons de nouveau une mesure prise pour simplifier la procédure de faillite lorsqu'elle a été précédée par la procédure du concordat préventif. En pareil cas, la plupart des créances ont été déjà examinées au cours de cette procédure. Pour cette raison, la loi dit que le débiteur sera lié par les déclarations qu'il a faites au cours de la procédure du concordat préventif au sujet des créances ⁽³⁹⁾.

236. — La créance produite peut être contestée soit par le syndic, soit par les créanciers. Mais une réclamation peut être élevée aussi par le créancier qui n'a pas été admis. Dans tous les cas, le créancier non admis peut porter le litige devant le tribunal qui statuera définitivement. Si le syndic conteste la véracité de la créance, la prescription ne sera plus interrompue et la créance sera considérée comme non admise jusqu'à la décision contraire du tribunal. Si c'est au contraire un créancier qui conteste une créance admise par le syndic, alors la créance sera considérée comme admise sous la condition que le tribunal confirme la décision du syndic. Et dans ce dernier cas, la prescription de la créance demeure interrompue.

(39) Selon l'art. 20 de la loi yougoslave sur le concordat préventif le débiteur doit déclarer, sur la demande du syndic, dans un délai déterminé, s'il reconnaît ou non la créance produite. Une fois ce délai passé, le débiteur est censé l'avoir reconnue. En ce cas il ne pourra plus contester la véracité de cette créance dans la faillite qui suit le concordat préventif (art. 121 *in fine* de la loi sur la faillite).

Pour connaître et juger des procès sur la véracité et le rang des créances produites, c'est le tribunal de faillite qui est compétent d'une manière absolue, lors même qu'une juridiction spéciale serait compétente si le procès était intenté en dehors de la faillite (art. 123 de la loi yougoslave). Cette règle comporte une exception concernant les droits des créanciers qui ne sont pas touchés par la déclaration de faillite (les tiers revendiquants, les créanciers à privilège spécial, les créanciers de la masse) et pour lesquels la compétence de droit commun reste applicable. Le tribunal ne juge pas en qualité de tribunal de faillite, mais en tant qu'un tribunal ordinaire ; par conséquent il est soumis aux règles de compétence suivantes : si la valeur de l'objet du litige ne dépasse pas la somme de 12.000 dinars, le procès sera jugé par un juge unique, selon les dispositions valables pour la procédure devant le tribunal cantonal (art. 527 à 547 du C. de Proc. civ.). A tous les autres cas seront appliquées les dispositions de l'art. 6 du C. de Proc. civ. (art. 126).

Nous avons vu plus haut ⁽⁴⁰⁾ que les procès qui sont en cours au moment de l'ouverture de la faillite sont interrompus *ipso jure* par la déclaration de faillite. A leur reprise ils seront continués, en principe, devant le même tribunal devant lequel ils ont été commencés. Cependant, pour des raisons d'opportunité, le tribunal de faillite peut décider que ces procès continueront devant lui, et contre cette décision il n'y a pas de recours (art. 125).

L'action du créancier non admis doit être dirigée,

(40) V. *supra*, n^{os} 116 et s.

selon l'art. 122 de la loi yougoslave, « contre toutes les personnes qui ont contesté cette créance (art. 115 du Code de Procédure civile) ». Or l'article 115 du Code cité dit : « Si le jugement à prononcer doit produire ses effets envers tous les coplaideurs selon la nature de l'affaire ou d'après une disposition légale, alors tous les coplaideurs forment une seule partie, de sorte que, si un des plaideurs omet d'accomplir un acte, l'acte accompli par un autre plaideur produira ses effets envers celui-ci aussi ». De l'examen de ce texte il résulte donc que l'action sera dirigée contre ceux qui ont contesté la créance; mais elle produira ses effets contre tous les créanciers. Le créancier ne peut invoquer d'autres moyens pour faire valoir son droit que ceux indiqués dans la production de la créance et invoqués à l'assemblée de vérification. Le montant pour lequel la créance a été produite ne doit pas être rehaussé.

A l'assemblée de vérification, le juge-commissaire doit déterminer, quand il rejette une créance, un délai, qui ne peut être de moins d'un mois, dans lequel le créancier non admis doit soumettre au tribunal la créance contestée. Si le créancier laisse passer le délai fixé par le juge-commissaire, alors la prescription recommence à courir et cette créance ne sera pas prise en considération lors de la répartition des biens. La loi fait ici une concession ultime en décidant dans son art. 143, al. 3, que le créancier non admis peut encore prendre part à la répartition des biens s'il intente son action concernant la créance contestée *au plus tard le jour même où le syndic a proposé la répartition.*

Si l'on conteste la véracité d'une créance devenue exécutoire, alors c'est celui qui la conteste qui doit intenter l'action ⁽⁴¹⁾. Disons enfin que le créancier qui conteste une créance peut toujours retirer sa contestation.

Les frais de l'action seront considérés comme faisant partie des frais généraux de la masse quand le syndic a contesté la créance ou s'est associé à sa contestation. Si le tribunal constate que le syndic n'a contesté la créance que par mauvaise foi, il peut le condamner à rembourser les frais à la masse. Si, au contraire, le syndic ne prend pas part au procès, alors le créancier qui a contesté la créance aura droit à réclamer le remboursement de ses frais de justice dans la mesure où la masse s'est par là enrichie (art. 124, al. 2 et 3).

237. — Lorsqu'un créancier a été admis à produire, peut-il y avoir une contestation ultérieure quant à l'existence de sa créance ?

En France, à défaut de texte légal, la question est discutée. Mais la jurisprudence décide que l'admission pure et simple d'une créance au passif d'une faillite implique un contrat judiciaire par l'effet duquel cette créance est désormais à l'abri de toute contestation nouvelle tendant à l'anéantir, la réduire, ou la modifier ⁽⁴²⁾. « Des considérations pratiques puissantes

(41) Art. 122, al. 2 de la loi yougoslave ; art. 146, al. 6 de la K. O. allemande ; art. 110 de la loi autrichienne ; art. 145 de la loi hongroise, V. KATONA, *op. cit.*, p. 188. Les lois française et italienne ne font pas cette distinction. Cfr. THALLER, *Des faillites*, II, p. 226.

(42) Cour de Cass. française, 12 nov. 1895, D. P. 1897, 1, 617 ; Cour de Cass. française, 6 mars 1905, D. P., 1908, 1, 512.

justifient cette opinion. Si, sous prétexte d'une erreur commise, une admission régulière suivie d'affirmation pouvait être remise en question, il faudrait accorder le droit de contester aussi bien à chaque créancier pour sa propre créance qu'aux syndics, et, ainsi, la situation de tous demeurerait incertaine, et aucune liquidation ne pourrait se faire avec sécurité » (43).

238. — Dans une seconde théorie, prédominante dans les législations d'inspiration germanique, l'admission confère à la créance l'autorité qui résulte de la reconnaissance par un jugement. « Si le syndic admet la créance et que personne autre ne la conteste, l'admission n'aura pas qu'un effet de droit privé ; elle aura l'effet d'un jugement passé en force de jugée (*rechtskräftiges Urteil*) ; ainsi, après la clôture de la faillite, aucun procès ne pourra être intenté tendant à anéantir ou à modifier la créance qui devient, par l'admission, exécutoire. L'admission produira cet effet envers tous ceux qui ont participé à la faillite, envers le failli, le créancier admis et tous les autres créanciers du concours (44). »

239. — Mais il ne faut pas pousser à l'extrême le principe de l'irrévocabilité des effets de l'admission.

(43) LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n° 540 ; la même idée a été exprimée par la Cour de Cassation française dans son arrêt du 1^{er} mai 1855, D. P., 1855, 1, 311. En sens contraire PERCEROU, *op. cit.*, n°s 1255 et 1257 *bis*.

(44) BARTSCH, *Grundriss*, p. 69. De même HEILFRON-PICK, *op. cit.*, p. 222 : « En ce qui concerne les créances admises, l'inscription de la créance sur la liste jointe au procès-verbal a l'effet d'un jugement passé en force de chose jugée vis-à-vis de tous les créanciers qui ont produit à la faillite. »

Une créance, bien que vérifiée et affirmée, peut encore être contestée quand son admission a été le résultat de manœuvres dolosives, ou encore quand « des circonstances de dol, de fraude, de violence, ou de force majeure n'ont pas permis d'en faire une vérification exacte et sincère » ⁽⁴⁵⁾, mais elle ne peut plus l'être pour cause d'erreur même substantielle ⁽⁴⁶⁾.

(45) Cour d'Appel de Paris, 21 juin 1893, D. P., 93, 2, 470.

(46) Cour de Cass. française, 1^{er} mai 1855, D. P., 1855, 1, 311. Cfr. l'arrêt de la Cour Suprême autrichienne du 1^{er} février 1927 : « La déclaration du syndic, à l'assemblée de vérification, par laquelle il admet une créance, est un acte de procédure, par conséquent une déclaration de volonté irrévocable qui ne peut être annulée que selon l'art. 530-7° du Code de Procédure civile. » L'art. 530 du Code cité permet la révision d'une procédure qui se termine par jugement dans le cas où une des parties acquiert connaissance de faits nouveaux, ou acquiert des preuves nouvelles par lesquelles elle aurait pu obtenir un jugement plus favorable si elle avait pu s'en servir au cours de la procédure précédente.

CHAPITRE VII

Les diverses issues possibles de la faillite

240. — La procédure de faillite vise un double but : ou bien un concordat sera conclu entre le débiteur d'une part, et les créanciers de l'autre, concordat qui peut être soit amiable, soit judiciaire, ou bien, à défaut de concordat, les biens du failli seront vendus et le prix en provenant sera employé au paiement des créanciers.

Mais il peut arriver qu'aucun de ces deux événements qui mettent fin à la faillite ne puisse intervenir parce qu'il a été constaté au cours de la procédure qu'il n'y a qu'un seul créancier ou que le patrimoine du débiteur ne suffit pas pour couvrir les frais de procédure.

Examinons brièvement ces dernières causes de clôture pour nous occuper d'une façon plus détaillée du concordat et de la répartition des biens. Et dans une dernière section, nous verrons quels sont les effets de la clôture de la procédure.

Première Section

CLÔTURE DE LA FAILLITE POUR CAUSE DE DÉFAUT DE CONDITIONS

241. — Au début de notre étude nous avons vu quelles sont les conditions d'ouverture de la procédure de faillite. Le juge doit examiner avant de prononcer le jugement si le débiteur se trouve en état d'insolvabilité, si la demande a été régulièrement formée, si le débiteur a un patrimoine qui est suffisant au moins pour couvrir les frais et s'il y a plusieurs créanciers. Si une des conditions fait défaut, la faillite ne doit pas être déclarée. Cependant l'absence de l'une ou l'autre des deux dernières conditions peut ne se manifester qu'au cours de la procédure. En pareil cas le tribunal qui a déclaré la faillite doit prononcer la clôture de la procédure.

242. — Ainsi la procédure de faillite doit être close toutes les fois qu'il n'y a ou qu'il ne reste qu'un seul créancier, les autres s'étant désistés. Pour établir le nombre des créanciers on ne doit prendre en considération que les créanciers personnels du débiteur et non ceux qui ne sont créanciers du failli qu'en raison d'un bien détenu par lui ⁽¹⁾.

243. — De même, la procédure doit être close si l'on constate au cours des opérations que le patri-

(1) V. *supra*, n° 48.

moine est insuffisant pour couvrir les frais des premières opérations. L'évaluation du patrimoine ainsi que l'examen de la question de savoir si le patrimoine suffit ou non à couvrir les frais de procédure appartiennent à la libre appréciation du juge. Mais le créancier qui demande la déclaration de faillite peut toujours déposer une caution pour que la faillite soit déclarée ⁽²⁾.

244. — Le jugement de clôture doit être publié de la même manière que le jugement d'ouverture, toutes autorités informées de la déclaration de faillite doivent être averties par le tribunal de la clôture de la faillite ⁽³⁾.

Deuxième Section

LE CONCORDAT AMIABLE

245. — La procédure de faillite, qui est une institution établie au profit des créanciers, a aussi des inconvénients pour eux parce que la marche de la procédure exige beaucoup de dépenses qui diminuent le patrimoine à partager. Suivant l'adage : un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès, le législateur yougoslave, suivant sur ce point aussi les lois « germaniques », n'a pas cru devoir interdire le concordat amiable. Cet arrangement aura trait soit à une remise d'une partie des dettes du débiteur, soit à

(2) V. *supra*, n° 47.

(3) V. *infra*, n°s 301 et suiv.

un moratorium accordé au débiteur par ses créanciers.

Ainsi l'arrangement peut être conclu soit avant, soit après la déclaration de faillite. Nous ne nous occuperons que de ce dernier et nous examinerons quels sont les effets du concordat conclu après l'ouverture de la faillite (4).

246. — Il convient de remarquer que le concordat amiable conclu après la déclaration de faillite est interdit en France (art. 16 de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire). Le Code de commerce italien ne met pas d'obstacle à une telle convention intervenue même après que la faillite a été déclarée ; cependant l'art. 830 de ce Code n'est pas assez clair pour que nous puissions englober cette loi dans un système déterminé. Par contre, les lois yougoslave (art. 179), allemande (art. 202 et 203), autrichienne (art. 167) et hongroise (art. 166 à 168) suivent un système commun. Dans ce système, le vote d'un concordat à l'unanimité des créanciers comporte cessation de la procédure de faillite (5).

247. — Nous examinerons d'abord le système ger-

(4) Le concordat dont il s'agit est le *concordat amiable*, extrajudiciaire. La majorité des législations connaît encore une variété de concordat qualifié de *préventif*, dont le trait caractéristique consiste en ce qu'il n'exige pas le consentement unanime des créanciers, mais seulement l'assentiment de la majorité des créanciers, comme le concordat de faillite. Le concordat préventif empêche la déclaration de faillite, il se déroule sous le contrôle de la justice et écarte ainsi les inconvénients de l'arrangement amiable ; les créanciers sont avertis de la cessation des paiements et la justice veille à ce que les créanciers ne votent le concordat qu'en connaissance de l'état exact du patrimoine de leur débiteur.

(5) V. *infra*, n^{os} 301 et suiv.

manique, nous indiquerons ensuite les solutions admises dans les droits italien et français.

Selon les lois « germaniques » le tribunal doit prononcer la clôture de la procédure de faillite quand, après l'expiration des délais accordés pour produire, tous les créanciers produisants (ou, avant l'expiration de ces délais, tous les créanciers connus) consentent à rétablir le failli dans ses droits. Une décision de justice est nécessaire, parce que, selon l'esprit des lois « germaniques », un jugement ayant ouvert le concours, il en faut un pour le clore. Mais le tribunal n'a plus alors, comme lorsqu'on sollicite l'homologation d'un concordat de majorité, à examiner le traité au fond; sa mission se borne à rechercher si tous les créanciers produisants (ou connus) ont bien en effet donné leur consentement.

Ainsi ces lois n'interdisent pas les concordats amiables. Mais elles ne les réglementent pas. Etant un contrat ordinaire, le concordat amiable obéit aux règles du droit commun sur la formation des contrats. Mais il va sans dire que le concordat amiable, pour qu'il mette fin à la procédure de faillite, doit être conclu par le consentement unanime de tous les créanciers. Les principes de la procédure de faillite n'y reçoivent aucune application ; ainsi reste valable le concordat par lequel des avantages sont accordés à certains créanciers, si les autres y consentent. Il est d'usage que le syndic participe à la formation du concordat ; toutefois il est bon de remarquer qu'il n'intervient qu'en qualité de *personne de confiance* ; il ne joue que le rôle de médiateur et non pas celui

de représentant légal d'une des parties ou d'organe de la faillite.

Le concordat, en tant que contrat étant soumis à toutes les règles du Code civil, peut être annulé pour cause de vice de consentement.

La loi non seulement permet le concordat amiable postérieur à la déclaration de faillite, mais elle en favorise la conclusion. Pour parer à la résistance de certains créanciers qui ne votent pas l'arrangement par esprit de chicane, l'art. 179, al. 2, de la loi yougoslave ⁽⁶⁾ dit que « le consentement exprès du créancier n'est pas nécessaire si sa créance est entièrement payée ou garantie ou si le créancier, dont la créance est contestée, n'a pas intenté, dans le délai fixé, l'action en justice pour faire reconnaître sa créance.

248. — L'ancienne loi serbe connaissait l'arrangement seulement avec ce trait caractéristique que le concordat était préparé et conclu sous le contrôle du tribunal qui l'homologuait ensuite (art. 66 à 69). Le concordat homologué produisait ses effets envers tous les créanciers de la faillite qui n'avaient pas voté contre, donc même envers ceux qui, bien que convoqués, n'étaient pas venus à l'assemblée fixée.

249. — En Italie, le concordat amiable n'est presque pas du tout réglé par le Code de commerce. Mais à l'aide des décisions judiciaires, la doctrine a esquissé les traits essentiels d'un tel concordat. « En toute

(6) Cfr. art. 167 de la loi autrichienne et art. 168 de la loi hongroise.

phase de la procédure il peut y avoir lieu à un concordat entre le failli et le créancier, *si tous y consentent* » — dit l'article 830, al. 1^{er}, du Code de commerce, — le seul qui en parle. Etant un contrat de droit civil, il est soumis à toutes les règles qui régissent la matière des contrats. Au moment de sa conclusion, le concordat amiable commencera à produire tous les effets civils. Mais en dehors de cela, pour qu'il puisse produire d'autres effets, il faut qu'il soit homologué par le tribunal. C'est notamment nécessaire pour que ce dernier prononce la clôture de la faillite. En l'homologuant, le tribunal pourra examiner si le concordat porte la signature de tous les créanciers, si, en un mot, le concordat présente toutes les conditions de sérieux, de liberté et de véracité exigés pour l'efficacité des contrats (7).

250. — Quant à la loi française, il convient de distinguer suivant que le contrat amiable est antérieur ou postérieur à la déclaration de faillite (8). Le premier est considéré comme un contrat ordinaire conclu dans le but de prévenir la faillite. Aussi les parties peuvent y recourir. Le second est, au contraire, *nul*. Avant la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire, plusieurs décisions ont reconnu la validité de telles conventions et ont admis que les traités de ce genre mettaient fin au dessaisissement. La loi de 1889 a mis fin à cette discussion en édictant dans son arti-

(7) V. VIDARI, *op. cit.*, IX, n^{os} 8303 à 8317.

(8) V. PERCEROU, *op. cit.*, n^{os} 1399 et suiv. ; LYON-CAEN et RENAUT, *op. cit.*, VII, n^{os} 652 et suiv. ; cfr. THALLER, *Des faillites*, II, p. 243 et s., n^{os} 185 et s.

cle 16: « sont nuls et sans effet, tant à l'égard des parties intéressées qu'à l'égard des tiers, tous traités ou concordats qui, après l'ouverture de la liquidation judiciaire, n'auraient pas été souscrits dans les formes ci-dessus prescrites ». Les formes auxquelles cet article fait allusion concernent le concordat de majorité.

251. — Le Code de commerce français connaît une autre variété de concordat: le concordat par abandon d'actif. Il est ignoré par les autres législations européennes et, en France, ce n'est que depuis 1856 que les textes s'en occupent (art. 541 modifié). La législation primitive y paraissait même hostile, puisque selon l'ancien article 541 (loi de 1838) « aucun débiteur commerçant ne sera recevable à demander son admission au bénéfice de cession de biens ». En présence des inconvénients que présentait le concordat de majorité, une jurisprudence prétorienne s'est formée qui a permis, au mépris de la loi, à la majorité des des inconvénients que présentait le concordat de abandon d'actif. Ainsi une loi est intervenue, en date du 17 juillet 1856, qui a régularisé la situation en rendant possible la cession de biens. En pareil cas, le commerçant se dessaisi de la totalité de ses biens entre les mains des créanciers. Si ceux-ci en obtiennent plus que le montant de leurs créances, ils en bénéficient; mais dans tous les cas le débiteur est libéré et à l'abri de toute poursuite. Ce concordat exige les mêmes conditions de majorité que le concordat judiciaire et il faut également que le tribunal l'homologue ⁽⁹⁾.

(9) V. THALLER, *Des faillites*, II, p. 293, n° 204.

Troisième section

LE CONCORDAT DE MAJORITÉ

252. — Le concordat est un contrat qui intervient entre le failli et les créanciers et en vertu duquel les créanciers renoncent à une partie de leurs créances ou accordent un délai au débiteur pour s'acquitter de ses obligations. Mais c'est un contrat judiciaire; la conclusion du concordat se fait sous le contrôle de la justice. Le tribunal examine la proposition du concordat, convoque les créanciers et homologue le traité conclu si toutes les règles le concernant ont été respectées.

253. — Nous avons dit que le concordat est un « contrat judiciaire »; mais, en fait, il est difficile de déterminer sa nature juridique. Les auteurs français y voient un contrat, un contrat d'un genre spécial, subordonné à l'homologation judiciaire ⁽¹⁰⁾, tandis que les juristes allemands considèrent le concordat comme un jugement ⁽¹¹⁾. Dans les pays dont les lois de faillite se sont développées sous l'influence de la *Konkursordnung* allemande, c'est cette deuxième conception qui prévaut. Elle est d'ailleurs en harmonie

(10) V. PERCEROU, *op. cit.*, n° 1289 ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n° 631 bis ; AUGÉE : *Nature juridique du concordat en matière de faillite*, Thèse ; ROUAST : *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, Thèse ; VIDARI : *Corso di dir. Com.*, IX, n° 8471.

(11) Selon KOHLER, *Lehrbuch*, p. 452 et s. le concordat est un contrat de procédure, *prozessualischer Vertrag* ; selon LEHMANN, *op. cit.*, p. 15, le concordat est une institution *sui generis* qui tient et du contrat et du jugement.

avec les dispositions de ces lois qui écartent la résolution du concordat pour cause d'inexécution.

254. — Parmi les divers modes qui mettent fin à la faillite, le plus avantageux pour les créanciers est le concordat. Par suite de cet accord les frais de procédure sont réduits et par là-même les dividendes sont d'autant plus élevés. De son côté le débiteur reste à la tête de son patrimoine, et par les facilités accordées il sera capable de désintéresser ses créanciers d'une façon plus régulière. Enfin, les effets économiques du concordat sont aussi très avantageux. La faillite trouble le crédit et le commerce, et la cessation de l'entreprise commerciale ou industrielle produit très souvent des résultats néfastes.

255. — Le concordat doit être *proposé* par le débiteur, *voté* par les créanciers et *homologué* par le tribunal. Après avoir jeté un coup d'œil sur l'histoire du concordat, nous étudierons successivement ces trois phases de la procédure. Nous examinerons ensuite quels sont les effets du concordat ainsi formé et nous verrons pour quelles causes il peut être annulé.

On fait généralement remonter l'origine du concordat au droit romain ⁽¹²⁾. Certes, il était admis à Rome que, sans l'assentiment de tous les créanciers, des remises partielles de dettes ou des délais pouvaient être accordés au débiteur. Mais l'institution nous vient directement des statuts des villes italiennes. De l'Italie

(12) V. KOHLER, *op. cit.*, p. 445 et s. ; GARRAUD : *De la déconfiture*, p. 45 et s.

le concordat s'est répandu avec des divergences dans la fixation des majorités requises dans les différents Etats. En Espagne, les créanciers ne se réunissaient pas pour délibérer, ils exprimaient leurs avis chacun séparément et le juge statuait ⁽¹³⁾. Il fut admis en France par l'Ordonnance de 1673 (titre XI, art. 5, 6 et 7). De là, il a passé dans le Code de commerce de 1807 qui l'a réglementé à nouveau. Les dispositions de ce Code sur ce point ont servi de modèle à presque toutes les législations.

I. — *Formation du concordat*

256. — Le concordat ne peut être proposé que par le débiteur, soit en personne, soit par mandataire pourvu d'une procuration spéciale.

La loi considère le concordat comme une institution établie au profit du débiteur, et si ce dernier ne recherche pas à l'obtenir, la loi le considère comme indigne du concordat à cause de sa négligence. Au contraire, l'ancienne loi serbe, considérant le concordat comme une institution d'intérêt général, permettait qu'il fût proposé soit par le tribunal, soit par le juge-commissaire (art. 66 et 68). De même en Italie le concordat pouvait être proposé tout d'abord par le failli, ensuite par le syndic, par la « délégation des créanciers » et enfin par un ou plusieurs créanciers représentant au moins un quart des créances vérifiées et admises. Mais la loi du 10 juillet 1930, arti-

(13) M. PERCELOU y voit l'origine de la doctrine allemande du concordat-jugement, *op. cit.*, n° 1284.

cle 16, a modifié le Code de commerce à ce point et ne permet la proposition du concordat qu'au failli lui-même ⁽¹⁴⁾.

Lorsqu'il s'agit d'une société commerciale ou de masse successorale, pour la proposition du concordat la loi exige le consentement unanime de tous les associés personnellement responsables, respectivement de tous les successeurs ⁽¹⁵⁾.

257. — La proposition est faite soit par écrit, soit oralement, mais dans ce dernier cas le juge-commissaire dresse un procès-verbal. La proposition est faite en un seul exemplaire, mais dont une copie sera communiquée au syndic et, lorsque le tribunal admet la proposition du concordat, une copie sera adressée à chacun des créanciers qui seront convoqués (art. 152, al. 2 et 157, al. 2 de la loi yougoslave).

258. — Dans quel délai doit être faite la proposition du concordat ? Le syndic ne doit pas s'occuper des intentions du débiteur et il peut procéder à la vente des biens. Même la proposition du concordat n'arrête pas *de plano* la réalisation des biens. Seulement, lorsque le tribunal ne rejette pas le projet du débiteur, le juge-commissaire peut surseoir à la vente des biens jusqu'au vote du concordat ⁽¹⁶⁾. Toutefois, pour mieux

(14) V. CRESPOLANI, *op. cit.*, p. 23 ; NAVARRINI, *op. cit.*, p. 95.

(15) Art. 176, al. 1^{er} de la loi yougoslave ; art. 211 et 230 de la K. O. allemande ; art. 164, al. 1^{er} de la loi autrichienne et art. 202 de la loi hongroise.

(16) Art. 152, al. 4 de la loi yougoslave ; art. 793, al. 2 du Code de Com. italien ; art. 160 de la K. O. allemande et art. 140 de la loi autrichienne. En Hongrie, la proposition de concordat est faite au juge-commissaire qui la transmet au comité des créanciers ; si ce dernier en décide l'admissibilité, la proposition suspend alors la réalisation des biens du failli (art. 203).

remplir sa fonction, le syndic ne pourra pas rester dans l'incertitude. Pour cette raison la loi yougoslave décide dans son article 152, al. 1^{er}, que le débiteur ne peut proposer le concordat que *jusqu'à l'approbation par le tribunal du plan de répartition proposé par le syndic*.

Le même délai est imposé par l'article 173 de la *Konkursordnung* allemande et l'article 199 de la loi hongroise. La loi autrichienne permet la proposition jusqu'à la fin de la procédure, donc jusqu'au moment où le jugement de clôture devient définitif (art. 140).

A la différence de ces lois, le Code de commerce français prévoit l'obligation pour le juge-commissaire de convoquer les créanciers *dans les trois jours qui suivent la clôture du procès-verbal de la vérification des créances* (art. 504). Il en était ainsi en Italie sous l'empire de l'ancien Code de commerce (art. 615). Mais la lenteur excessive, les retards et les frais inutiles ont déterminé le législateur italien à modifier ce système. Ainsi la proposition de concordat fut laissée à la libre initiative des parties intéressées jusqu'à la loi de 1930 qui n'accorde le droit de proposer le concordat qu'au débiteur. La proposition peut être faite à n'importe quel moment après la clôture du procès-verbal de la vérification des créances ⁽¹⁷⁾.

259. — Dans sa proposition le débiteur doit indiquer le dividende qu'il offre à ses créanciers, les

(17) Art. 831, al. 1^{er} du Code de Com., modifié par l'art. 16 de la loi du 10 juillet 1930. V. VIDARI, *op. cit.*, IX, n° 8321 ; CRES-POLANI, *op. cit.*, p. 23 ; NAVARRINI, *op. cit.*, p. 96, n° 54.

moyens par lesquels il entend garantir ses engagements, les conséquences de l'inexécution des clauses du concordat et enfin les personnes qui se portent garantes pour lui ou qui offrent une garantie réelle.

260. — Le débiteur doit présenter sa proposition au tribunal de faillite, qui, après examen, l'admet ou la rejette. A cet effet la loi énonce des règles impératives sur le contenu du concordat; elle énumère ensuite les cas où le concordat ne peut être conclu et d'autres où le tribunal a la faculté de rejeter la proposition du débiteur ⁽¹⁸⁾.

261. — La loi énumère les conditions de fond du concordat : ce sont des règles impératives auxquelles les parties ne peuvent déroger ⁽¹⁹⁾.

Le concordat, proposé par le débiteur et accepté par la majorité de ses créanciers chirographaires, ne peut aucunement influencer le droit des créanciers ayant droit au paiement séparé.

Les créanciers de la masse et les créanciers des deux premiers rangs doivent toujours être intégralement payés. Lorsque leurs créances n'ont pas encore été vérifiées, ils recevront une garantie de paiement.

Ainsi que toute la procédure de faillite, le concordat doit être dominé par le principe de l'égalité des créanciers. Tous les créanciers chirographaires et non

(18) Un pareil examen préalable n'existe ni en France ni en Italie. En Hongrie, la proposition est examinée par le comité des créanciers (art. 203 et 204).

(19) Art. 161 et 162 de la loi yougoslave^e; art. 181 et 193 de la K. O. allemande ; art. 149 et 150 de la loi autrichienne et art. 212 et 214 de la loi hongroise.

privilégiés doivent être mis sur le même pied d'égalité; aucun d'entre eux ne peut être favorisé aux dépens des autres. Toutefois, pour favoriser la conclusion du concordat, la loi a permis aux parties de déroger au principe de l'égalité si tous les créanciers, qui seront mis par là dans une situation moins avantageuse, y consentent.

Pour le même motif, la sauvegarde de l'égalité entre les créanciers, la loi considère comme nul le contrat conclu entre le débiteur et un créancier ⁽²⁰⁾, avant que le jugement d'homologation ne soit devenu définitif, qui favoriserait le créancier contractant. La restitution de ce qui a été donné en vertu de ce contrat peut être demandée dans un délai de trois ans. Cette disposition ne fait pas obstacle d'ailleurs à ce qu'une indemnité supérieure puisse être réclamée. Cependant la loi yougoslave ⁽²¹⁾ ne considère pas comme avantage non permis « le fait d'avoir donné à un créancier, pour la cession de sa créance, la contre-valeur correspondant à la situation pécuniaire du débiteur failli, immédiatement avant la déclaration de faillite » (art. 162, al. 5), et, si la créance a été cédée avant l'ouverture de la faillite, on prendra en considération la situation du débiteur au moment de la cession. Par cet article la loi yougoslave facilite la conclusion du concordat, donnant ainsi au débiteur la faculté de désintéresser

(20) Selon la Cour Suprême autrichienne le mot « créancier » doit être pris ici dans son sens large, c'est-à-dire « tout créancier personnel du débiteur qui a, au moment de la déclaration de faillite, une créance patrimoniale ». Le fait que le créancier produit ou non, n'a aucune importance (arrêt du 5 novembre 1917, rapporté par ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 358.)

(21) Cfr. art. 150 de la loi autrichienne.

un créancier qui ne consentirait pas à l'acceptation du concordat.

Les créances contestées doivent être garanties dans la même proportion que celles qui ont été vérifiées.

Les créanciers ayant une sûreté personnelle peuvent poursuivre le codébiteur solidaire ou la caution pour le tout et non pas seulement pour la quote-part déterminée par le concordat. Pour ce motif la loi ne permet pas que le concordat puisse, sans le consentement exprès des créanciers intéressés, limiter les obligations du codébiteur solidaire et de la caution ⁽²²⁾.

262. — Les lois appartenant au groupe germanique énumèrent les cas où le concordat ne peut pas être conclu (art. 153 de la loi yougoslave; art. 175 de la *Konkursordnung* allemande; art. 141 de la loi autrichienne et art. 200 de la loi hongroise).

Le tribunal *doit* rejeter la proposition du concordat:

a) Tant que le débiteur se trouve en fuite, ou tant qu'il ne dépose pas un inventaire exact, ou tant qu'il ne prête pas le serment de manifestation. Le projet primitif de la loi yougoslave portait: « tant que le débiteur se trouve en fuite *à cause de ses dettes* », mais la commission n'a pas accepté cette limitation et ainsi cette indignité s'applique à toute personne, fût-elle en fuite pour des causes politiques.

b) Lorsque le débiteur, déjà insolvable, est défini-

(22) Art. 163 de la loi yougoslave ; art. 545 du Code de Com. français ; art. 792 du Code de Com. italien ; art. 193 de la loi allemande ; art. 151 de la loi autrichienne et art. 199, al. 2 de la loi hongroise.

tivement condamné pour banqueroute frauduleuse ⁽²³⁾. L'insolvabilité dont il s'agit est celle qui a été la cause de la déclaration de faillite, et non pas une insolvabilité antérieure. Il faut encore que le jugement de condamnation soit devenu définitif. Le seul fait que le débiteur est accusé de banqueroute frauduleuse n'empêche pas la conclusion du concordat ⁽²⁴⁾. Mais une fois le jugement prononcé et passé en force de chose jugée, le concordat, même homologué, perd ses effets par la force de la loi.

c) Lorsque le concordat est en contradiction avec les règles impératives de la loi sur la faillite (Voir N° 261) ou avec les règles impératives du droit commun.

d) Enfin une société coopérative ne peut conclure aucun concordat de faillite, au contraire elle peut demander l'ouverture du concordat préventif ⁽²⁵⁾.

263. — Dans certains cas ces mêmes lois confèrent

(23) De même art. 510 du Code de Com. français. En Italie, à la différence des autres législations, le failli condamné pour banqueroute frauduleuse n'encourt pas l'indignité au concordat. Lors de l'élaboration du Code de Commerce de 1883 le législateur n'a pas reproduit les dispositions de l'ancien art. 621. Cette décision de la loi italienne prouve aussi que dans l'esprit du législateur italien, et surtout avant la loi de 1930, le concordat a été considéré non pas comme un bénéfice qui peut être accordé au débiteur, mais plutôt comme la meilleure des solutions de la faillite, parce que présentant des avantages au profit des créanciers eux-mêmes. V. VIDARI, *op. cit.*, IX, n° 8325.

(24) Selon l'art. 175, al. 2 de la *Konkursordnung* allemande et l'art. 200, al. 2 de la loi hongroise, le débiteur ne peut demander la conclusion du concordat tant que l'instruction de l'action pénale n'est pas terminée. Si la procédure de concordat a été commencée avant sa mise en accusation, elle doit être suspendue.

(25) Art. 152, al. 2 de la loi yougoslave ; art. 140 de la loi autrichienne ; art. 116, al. 1^{er} de la *Genossenschaftsgesetz* allemande ; art. 199, al. 3 de la loi hongroise.

au tribunal la *faculté* de rejeter la proposition du concordat (art. 154 de la loi yougoslave et art. 142 de la loi autrichienne). L'admission de la proposition du concordat peut être refusée:

a) si le débiteur, dans sa proposition, n'offre pas aux créanciers du troisième rang le paiement d'au moins 20 % de leurs créances payable en deux ans au plus tard ⁽²⁶⁾;

b) si l'on n'arrive pas à établir la situation du débiteur par suite de la tenue irrégulière des livres. Pour cette cause le débiteur peut aussi être déclaré banqueroutier simple;

c) si les créanciers ont déjà une fois repoussé la proposition de concordat ou si le débiteur a retiré sa proposition après la convocation de l'assemblée concordataire, ou si le tribunal n'a pas homologué le concordat déjà conclu ⁽²⁷⁾;

d) si au cours des cinq dernières années le débiteur a déjà été déclaré en faillite ou si la faillite n'a pas été ouverte à cause de l'insuffisance de l'actif, ou enfin s'il a été dans le même délai admis au concordat préventif.

Lorsque le tribunal rejette la proposition du concordat, la procédure de faillite suit son cours normal : les biens du débiteur seront vendus et l'argent distribué aux créanciers.

(26) Dans la loi yougoslave. En Autriche, 10 %, payable en 2 ans, décret du 14 juillet 1924. V. LEHMANN, *op. cit.*, p. 44 et s.

(27) Ce cas de refus facultatif est admis aussi en Allemagne (art. 176) et en Hongrie (art. 204).

264. — Le débiteur peut retirer sa proposition jusqu'à l'ouverture de l'assemblée concordataire (art. 157, al. 4 de la loi yougoslave). S'il retire sa proposition avant la convocation des créanciers, il est libre d'en former une autre dans des conditions plus ou moins avantageuses. S'il ne retire sa proposition qu'après la convocation de l'assemblée, le tribunal peut lui refuser l'admissibilité au concordat.

265. — Il est permis au débiteur de modifier la proposition primitive, même durant la discussion du concordat. Mais, dans ce dernier cas, pour que le débiteur puisse offrir des conditions moins avantageuses, la loi exige la présence de tous les créanciers (art. 157, al. 4, de la loi yougoslave). Elle estime qu'il peut être indifférent aux créanciers absents que le concordat soit accepté ou non dans les conditions annoncées, mais que ces mêmes créanciers viendraient à voter contre le concordat s'ils n'étaient pas contents des modifications survenues. Car, à la différence du droit français, aux termes de l'article 158, al. 1^{er}, de la loi yougoslave, pour que le concordat soit accepté, il ne faut — quant à la majorité du nombre — que la majorité des créanciers *présents ou représentés* ⁽²⁸⁾.

C'est de la même manière qu'on procédera dans le cas où une nouvelle proposition est déposée par le débiteur après le rejet de la première.

Les modifications, ainsi qu'une nouvelle proposition éventuelle faite à l'assemblée, ne sont point soumises à un examen judiciaire préalable. Le juge-com-

(28) V. *infra*, nos 270 et 271.

missaire peut attirer l'attention des intéressés sur l'illégalité de certaines clauses, s'il en existe, sans en pouvoir empêcher la discussion et le vote. Lors de la demande d'homologation, le juge-commissaire indiquera au tribunal ses observations et, si le tribunal constate la violation de la loi, il devra refuser l'homologation.

II. — *Vote en assemblée des créanciers*

266. — Le concordat suppose le consentement des créanciers, et par là-même un vote des créanciers. A cet effet, des convocations individuelles seront adressées au débiteur, aux cautions concordataires, c'est-à-dire aux personnes qui garantissent l'exécution des engagements du débiteur contenus dans le concordat, au syndic, aux membres du comité des créanciers et à tous les créanciers admis à voter. En dehors des notifications personnelles, la loi exige que la date de l'assemblée soit publiée dans les journaux prescrits et affichée au tableau du tribunal ⁽²⁹⁾. Remarquons que d'après l'article 186, al. 2, de la loi yougoslave, c'est l'affichage qui est le moyen de publicité le plus important et qu'il produit des effets indépendamment de tout autre mode de publicité.

267. — L'assemblée concordataire ne peut être convoquée avant que les créances ne soient examinées et

(29) Art. 157, al. 2 de la loi yougoslave. Cfr. art. 504 du Code de Com. français ; art. 831 du Code de Com. italien ; art. 178 de la K. O. allemande ; art. 145 de la loi autrichienne et art. 205 de la loi hongroise.

vérifiées. Elle est destinée à prendre des décisions très importantes et à cet effet il importe que la situation des créanciers soit nette pour déterminer s'ils ont ou non le droit de vote et dans quelle mesure ⁽³⁰⁾.

La loi exige la présence effective du débiteur; car « autrement il sera considéré que le débiteur a retiré sa proposition de concordat ». La rigueur de la loi se justifie par l'importance qu'a la présence du débiteur sur la conclusion du concordat. Certes, les créanciers qui votent le concordat sont poussés en majeure partie par un intérêt pécuniaire, mais il n'est pas moins vrai que, par cette sorte de transaction, ils renoncent à la réalisation de leurs droits, ils renouvellent leur confiance envers une personne sur laquelle ils se sont déjà une fois trompés et, pour juger si le débiteur est digne de cette confiance, ils ont besoin de le voir et d'apprécier ainsi ses qualités personnelles et sa moralité. Toutefois, si le débiteur se trouve empêché pour des causes graves (et c'est le juge-commissaire qui en juge la gravité), il peut se faire représenter par un mandataire muni d'une procuration spéciale ⁽³¹⁾. Les créanciers, au contraire, peuvent se faire représenter par un mandataire spécial.

Avant de procéder au vote, le syndic donnera un rapport détaillé sur la situation économique du débi-

(30) V. *supra*, n° 258.

(31) Art. 157, al. 3 de la loi yougoslave; art. 505, al. 2 du Code de Com. français; art. 832, al. 2, du Code de Com. italien; art. 145 de la loi autrichienne. En Allemagne le débiteur est convoqué, mais la loi n'exige pas sa présence (art. 179, al. 1^{er}). La loi hongroise oblige le débiteur de comparaître à l'assemblée soit en personne, soit par mandataire (art. 210).

téur; il indiquera les causes de sa ruine et exposera les résultats vraisemblables de la procédure.

268. — Qui a la capacité de voter à l'assemblée de concordat? La grande majorité des lois adopte, sur ce point, le principe: le droit de vote n'appartient point aux créanciers dont les droits ne seront pas atteints par le concordat ⁽³²⁾. Ce sont tout d'abord les créanciers de la masse et les créanciers privilégiés. Si le rang privilégié de certains créanciers est contesté par le syndic (et non pas seulement par un créancier ayant le droit de vote), ce créancier pourra prendre part au vote. Ne sont pas atteints par l'effet du concordat, et par conséquent n'ont pas le droit de vote, les créanciers qui ne sont pas admis à produire. Les créanciers armés d'une sûreté réelle et dont les créances seront, selon toute probabilité, payées des biens engagés, n'ont pas le droit de vote. Si, au contraire, on constate que la sûreté est inférieure à la créance, ils seront admis à voter en tant que simples chirographaires, mais seulement pour la somme qui ne sera vraisemblablement pas couverte par la réalisation de leur gage.

Le motif de la loi est que ces créanciers, étant déjà garantis par leur sûreté réelle (gage ou hypothèque) ou par leur privilège légal (rang de priorité) sont, pour ainsi dire, en dehors de la faillite, et partant

(32) Art. 155, al. 1^{er} de la loi yougoslave ; art. 143, al. 1^{er} de la loi autrichienne ; art. 207 de la loi hongroise. La *Konkursordnung* allemande ne contient aucune disposition expresse à ce sujet, mais la même solution résulte du principe que les créanciers, dont les droits doivent rester intacts, ne peuvent aucunement influencer le vote du concordat. Cfr. ar. 95, 96, 179 et 230, al. 2. — KOHLER, *op. cit.*, p. 479 et s.

n'ont pas d'intérêt à prendre part à un accord qui ne les regarde pas et qui ne peut toucher à leurs garanties.

En France (art. 508 du Code de commerce) et en Italie (art. 834 du Code de commerce), il n'est pas interdit aux créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis de gages, de prendre part au vote du concordat, mais leur vote emporte de plein droit renonciation à leurs garanties. Toutefois, en Italie, cette règle n'est pas applicable aux créanciers ayant une hypothèque légale, comme celle de la femme mariée ou du mineur ou de l'interdit (art. 1969 du Code civil italien), car on ne peut pas renoncer à ces hypothèques légales ⁽³³⁾. En France, au contraire, cette règle s'applique à tous les créanciers hypothécaires « *inscrits ou dispensés d'inscription* » ⁽³⁴⁾.

. En Italie, « les effets de la renonciation cessent de plein droit si le concordat n'a pas lieu ou vient à être postérieurement annulé » (art. 834, al. 4, du Code de commerce), tandis qu'en France cette renonciation est définitive et absolue, quel que soit le sort du concordat, qu'il soit refusé, non homologué ou annulé ⁽³⁵⁾.

269. — Aux termes de l'article 103 de la loi yougo-

(33) Cfr. art. 2035 du Code Civil italien. V. VIDARI, *op. cit.*, IX, n° 8356.

(34) V. art. 508, al. 1^{er} et Rennes, 20 mai 1893, D. P., 1893, 2, 331 : La femme mariée qui prend part au vote du concordat accordé à son mari en présence et avec le concours de celui-ci, doit être réputée avoir *ipso facto* renoncé à son hypothèque légale.

(35) Cass., 6 mars 1894, D. P., 1894, 1, 489 : cfr. Rennes, 23 janvier 1893, D. P., 1894, 2, 568. En ce sens RENOUARD, *op. cit.*, II, p. 28 ; *contra* BÉDARRIDE, *op. cit.*, II, n° 544.

slave, sont exclus du droit de vote, aux assemblées de créanciers, les cessionnaires de créance qui ont acquis leur créance en vertu d'un titre né après la déclaration de faillite. La loi a voulu ainsi empêcher la spéculation sur créances. Le même principe s'applique également à l'assemblée du concordat, mais modifié selon l'article 155, al. 3 ⁽³⁶⁾. Ici il s'agit de cessionnaires qui ont acquis leur créance en vertu d'une obligation née après l'insolvabilité du débiteur. D'autre part, à cette assemblée, les cessionnaires ont en principe les mêmes droits de vote que les autres créanciers, seulement ils en seront privés dès qu'un des créanciers admis à voter s'y opposera.

Le cessionnaire peut combattre cette opposition en prouvant: *a)* qu'il a offert par écrit au créancier opposant, avant l'assemblée de vérification des créances, et avec un délai de réflexion de huit jours, l'achat de sa créance dans les mêmes conditions que celles offertes au cédant, et *b)* que ces conditions correspondaient à la situation économique du débiteur immédiatement avant la déclaration de faillite, ou, si la cession est intervenue avant, à la situation du débiteur au moment de la cession. Pour que la possibilité de cette double preuve ne soit illusoire, ne pourra contester le droit de vote celui qui a omis de produire dans le délai fixé par la publication du jugement d'ouverture. Le motif de la loi est d'empêcher toute collusion possible entre un tiers et le débiteur. Si l'on accordait le droit de vote à tous les créanciers sans restriction, un créancier,

(36) Les mêmes idées se retrouvent dans la loi autrichienne (art. 143).

complice du débiteur, pourrait acheter un certain nombre de créances pour voter un concordat nettement défavorable aux intérêts des créanciers. Par ces dispositions la loi rend impossible tout achat de créance fait dans un but spéculatif. Ainsi le respect du principe de l'égalité des créanciers est assuré dès le moment où a commencé l'insolvabilité du débiteur : l'offre de l'achat des créances devant être faite dans les mêmes conditions à tous les créanciers.

Si, à l'inverse, la loi privait un cessionnaire de tout droit de vote, elle n'atteindrait pas l'autre but visé par le législateur, en édictant ces mesures: le vœu de favoriser tout arrangement. La loi présente en effet, dans tout son ensemble, une tendance très nette: elle favorise non seulement la conclusion du concordat en cas de faillite, mais aussi tout arrangement extrajudiciaire. Ainsi elle donne la possibilité aux créanciers de désintéresser ceux qui, étant inspirés par des motifs d'inimitié contre le débiteur, voteraient contre tout concordat.

Les cessionnaires ayant acquis leurs créances dans des conditions légales ont autant de voix que de créances achetées. Au contraire, le créancier ordinaire n'a qu'une voix, quel que soit le nombre de ses créances.

Pour maintenir l'égalité des créanciers, la loi ne confère qu'une voix aux créanciers qui ont en commun une créance ou dont les créances ne faisaient qu'une seule au moment de l'insolvabilité du débiteur. Ces créanciers doivent se mettre d'accord sur la question de savoir qui, et de quelle manière les repré-

sentera. S'ils ne se mettent pas d'accord, leur voix ne comptera pas ⁽³⁷⁾.

Du reste, les règles exposées à l'article 102 de la loi yougoslave (Voir supra N° 102) s'appliquent aussi à l'assemblée concordataire. Cependant, la majorité ne se calcule pas de la même manière à l'assemblée du concordat qu'aux autres assemblées des créanciers.

270. — L'un des caractères originaux du concordat c'est que le consentement unanime des créanciers n'est pas requis; il suffit qu'il y ait majorité. Cependant, si l'on exigeait simplement la majorité quant au chiffre des créances, on courrait le risque de voir un petit nombre de créanciers jouer un rôle décisif dans l'octroi du concordat. D'autre part, si l'on ne prenait en considération que le nombre des créanciers, il y aurait à craindre que des créanciers nombreux, mais représentant des créances pour un chiffre infime, n'entraînaient la décision. Tout cela aurait permis d'ailleurs des tractations frauduleuses; le failli, pour obtenir le concordat, aurait cherché à gagner les voix des petits créanciers, moyennant de faibles remises d'argent.

Pour parer à ce danger, la loi yougoslave exige une double majorité:

1° Il faut une majorité quant au chiffre des créances; il faut que les créanciers qui sont d'avis favorable au concordat représentent au moins les trois quarts de la *totalité des créances*;

2° Il faut en outre que les créanciers qui votent

(37) V. ZUGLIA et VERONA, *op. cit.*, p. 345.

pour le concordat soient de nombre égal à la moitié plus un des *créanciers présents ou représentés* (art. 159, al. 1^{er}).

Certaines lois comportent des restrictions envers les proches parents du débiteur. Les voix de ces personnes ne seront prises en considération pour le calcul de la double majorité que si elles votent contre le concordat. Il en est de même des personnes qui ont acquis leurs créances des proches parents du failli, après la déclaration de faillite, ou au cours des derniers six mois précédant la déclaration de faillite ⁽³⁸⁾.

Ainsi se constitue la majorité. Mais le vote peut avoir lieu avec des alternatives diverses. Si les deux majorités sont obtenues simultanément, le concordat est acquis. S'il n'y a ni l'une ni l'autre des deux majorités, le concordat est rejeté. La loi doit prévoir l'éventualité où le concordat ne serait pas voté à la première assemblée; — car les conditions dans lesquelles se trouve le patrimoine du débiteur peuvent n'être pas encore connues à ce moment — et pour cette raison elle dit que, si l'une des deux majorités est acquise, le débiteur peut demander la convocation d'une nouvelle assemblée dans les conditions ci-après ⁽³⁹⁾:

(38) Art. 160 de la loi yougoslave; art. 148 de la loi autrichienne; art. 16 de la loi italienne de 1930 (avec un délai d'un an pour la cession). La *Konkursordnung* allemande restreint cette incapacité au conjoint du failli et à eux qui ont acquis les créances du conjoint dans l'année qui précédait la déclaration de faillite (art. 183). La loi hongroise dénie le droit de vote aux proches parents (art. 212, al. 1^{er}, 2^o) et elle ne parle pas de cession.

(39) Art. 159, al. 2 et 3 de la loi yougoslave; cfr. art. 509 du Code de Com. français; art. 835 du Code de Com. italien; art. 182, al. 2 de la K. O. allemande; art. 147, al. 2 et 3 de la loi autrichienne et art. 213, al. 1^{er} de la loi hongroise.

Si tous les créanciers sont présents à la première assemblée, le débiteur peut déposer une nouvelle proposition plus avantageuse ou non. Si tous les créanciers n'y sont pas présents, les nouvelles conditions ne doivent pas être moins favorables que les premières, comme au cas de modification de la proposition. Et dans ce dernier cas le juge-commissaire fixera, séance tenante, la date de cette deuxième assemblée et convoquera oralement tous les créanciers y présents ou leurs mandataires. Les créanciers absents ou non représentés, et dont les créances ont été admises, seront convoqués individuellement. Disons encore que les créanciers votants ne sont nullement liés par les déclarations qu'ils ont données à la séance antérieure.

271. — Toutes les lois européennes exigent une double majorité pour l'acceptation du concordat, mais elles ne sont pas toutes d'accord sur les conditions. Selon certaines lois (art. 198 de l'ancienne loi croate, art. 182, al. 1^{er}, de la *Konkursordnung* allemande ; art. 147, al. 1^{er} de la *Konkursordnung* autrichienne) le concordat ne peut être conclu que s'il est consenti, comme en Yougoslavie (art. 159), par la majorité des *créanciers présents* ayant le droit de vote et par la majorité des trois quarts (selon l'ancienne loi croate par la majorité des quatre cinquièmes) des *créances admises*. D'après l'article 507 du Code de commerce français (modifié par l'article 15 de la loi du 4 mars 1889), « le traité entre le créancier et le débiteur ne peut s'établir que s'il est consenti par la majorité de tous les créanciers vérifiés et affirmés ou admis par

provision, représentant en outre les deux tiers de la totalité des créances vérifiées et affirmées ou admises par provision »; nous retrouvons une règle analogue dans l'article 833 du Code de commerce italien, mais avec une plus forte majorité des créances, elle est des trois quarts. D'autres lois exigent enfin que les deux majorités soient qualifiées; ainsi, selon l'article 69 de l'ancienne loi serbe, il fallait réunir la majorité des deux tiers des *créanciers présents ou représentés* et la majorité des trois quarts des *créances présentes*; de même aux termes de l'article 212 de la loi hongroise il faut la majorité des deux tiers des *créanciers présents* représentant les quatre cinquièmes de *toutes les créances admises*.

III. — Homologation

272. — Le concordat, sitôt voté, est soumis à l'homologation du tribunal. « Le concordat ne sera considéré comme conclu, dit l'article 164, que lorsqu'il sera approuvé par décision du tribunal, laquelle contiendra les dispositions essentielles du concordat. » Le tribunal n'a qu'un pouvoir de contrôle, il ne pourra jamais remplacer les clauses du contrat par d'autres; il ne peut que l'homologuer en bloc ou rejeter la demande d'homologation. Il a pour mission d'examiner si les formalités prescrites par la loi ont été remplies. Aux termes de l'article 165 de la loi yougoslave, le tribunal doit refuser l'homologation lorsqu'il constate que le concordat viole les règles impératives de la loi, ou que les règles de procédure n'ont pas été obser-

vées, sauf si cette irrégularité n'a aucunement influencé l'acceptation du concordat ⁽⁴⁰⁾.

273. — En outre, certaines lois ⁽⁴¹⁾ confèrent au tribunal la faculté de rejeter la demande d'homologation lorsque le concordat est contraire aux intérêts de tous les créanciers ou lorsque — à cause de la mauvaise gestion des biens du failli, surtout s'il n'a pas demandé à temps la déclaration de faillite — le dividende offert aux créanciers chirographaires privilégiés n'atteint pas le tiers du montant nominal de leurs créances.

274. — Remarquons que la loi yougoslave n'impose aucun dividende minimum, comme le font certaines autres ⁽⁴²⁾. Seulement le tribunal peut ne pas approuver, lors de l'examen préalable, le projet de concordat qui n'offre pas aux créanciers du troisième rang

(40) Les pouvoirs du tribunal ne sont pas les mêmes dans toutes les lois étrangères. Ils ont de larges pouvoirs en matière d'homologation en France (art. 515), en Italie (art. 836) et en Autriche (art. 153 et 154), tandis qu'en Allemagne (art. 187 et 188) et en Hongrie (art. 217) la loi énumère limitativement les cas où l'homologation doit être refusée.

(41) Art. 166 de la loi yougoslave et art. 154 de la loi autrichienne.

(42) Selon l'art. 141, al. 2 de la loi autrichienne ce minimum est fixé à 10 % des créances, payables en un an. V. LEHMANN, *op. cit.*, p. 44. — D'après l'art. 200-5° de la loi hongroise, modifié par les art. 6 et 96 de l'ordonnance sur le concordat préventif de 1926/1410 et par l'ordonnance de 1927/5000, la proposition de concordat doit être refusée si elle n'accorde pas aux créanciers au moins 50 % de leurs créances, payables en huit mois à partir de la publication du jugement de clôture. Le débiteur peut offrir un dividende de 25 à 50 % à la condition qu'il joigne à sa demande la déclaration écrite des créanciers représentant la moitié des créances, par laquelle ils acceptent un tel concordat. Si le débiteur offre à ses créanciers un dividende de 60 %, il peut alors demander un délai maximum d'un an et demi pour le paiement de la somme

le paiement d'au moins *un cinquième* de leurs créances, et à son deuxième examen ne pas homologuer le concordat accepté qui n'offre pas aux mêmes créanciers le paiement d'au moins un tiers de leurs créances. Ces dispositions sont la source d'une grande insécurité juridique; car, bien que le concordat ait déjà été une fois approuvé en tant que projet, par le tribunal, le même tribunal peut refuser l'homologation du concordat accepté par les intéressés. Cette insécurité peut donner lieu à beaucoup de frais inutiles et pour la supprimer il faudrait établir le même dividende minimum et pour l'examen préalable et pour l'homologation.

Le concordat après son homologation ne peut plus être modifié ⁽⁴³⁾.

Ainsi, selon la loi yougoslave, lorsqu'il existe des causes énumérées à l'article 165, le tribunal *doit* refuser l'homologation; lorsque le concordat ne contient aucune disposition contraire aux articles 165 et 166, le tribunal *doit* homologuer le concordat. Il n'y a donc que dans les deux cas prévus dans l'article 166 que le tribunal a une certaine liberté.

dépassant les 50 %. Cette disposition de la loi est de nature à inciter le débiteur à déposer son bilan au moment où il peut encore bénéficier du concordat. Cependant nous croyons que cette rigueur excessive est désavantageuse pour les créanciers. Etablir le même dividende et pour la faillite et pour le concordat préventif, c'est supprimer l'utilité de cette dernière procédure. Selon nous il vaut mieux de laisser aux créanciers le soin de déterminer les clauses du concordat et plus spécialement celles qui concernent le dividende et délai dans lequel il doit être payé.

(43) Cependant la Cour de Paris a permis la modification du concordat homologué par le consentement unanime de tous les créanciers et du débiteur (arrêt du 27 mai 1903, D. P. 1906, 2, 1, et la note de M. Pic).

275. — Contre les décisions du tribunal les voies de recours sont ouvertes; les personnes qui peuvent demander l'infirmité du jugement sont énumérées par la loi ⁽⁴⁴⁾. Si le tribunal refuse l'homologation, peuvent former recours le débiteur et tous les créanciers qui n'ont pas voté contre le concordat. Si le tribunal a homologué le concordat, le recours appartient aux créanciers qui n'ont pas expressément voté pour l'acceptation, ainsi qu'aux codébiteurs et cautions du débiteur. Remarquons que les créanciers du débiteur et les codébiteurs ont toujours le droit de former recours, qu'ils aient ou non produit.

Aux termes de l'article 622 du Code de Procédure civile yougoslave, le pourvoi en cassation n'est possible que lorsque le tribunal de deuxième instance a infirmé le jugement du tribunal de première instance. Une exception est faite en matière d'homologation de concordat. Les personnes intéressées peuvent — à la différence de la loi autrichienne — se pourvoir en cassation contre le jugement homologuant un concordat ou refusant cette homologation, lors même que la Cour d'appel a confirmé le jugement du tribunal de faillite (art. 188 de la loi sur la faillite). Sans doute le législateur a estimé que ces décisions sont d'une grande importance et, en outre, a eu en vue de faciliter l'uniformité de la jurisprudence, surtout en ce qui concerne l'application des règles des articles 154 et 156.

(44) Art. 164 de la loi yougoslave; art. 152 de la loi autrichienne et art. 219 de la loi hongroise. Les Codes de Commerce français (art. 512 et s.) et italien (art. 836, modifié par l'art. 17 de la loi de 1930) et la *Konkursordnung* allemande (art. 189) confèrent ce droit à tous les créanciers chirographaires non privilégiés.

IV. — *Les effets du concordat*

276. — Le but du concordat est d'assurer au débiteur la continuation de son existence économique. A cet effet le concordat procure au débiteur des facilités de paiement, des termes pour se libérer et généralement aussi une remise partielle de ses dettes. Mais, pour que le concordat puisse produire ses effets, il faut que la procédure de faillite soit close.

Dans le système latin (art. 519, al. 1^{er}, du Code de commerce français; art. 841, al. 1^{er}, du Code de commerce italien) les fonctions des organes de la faillite cesseront, tandis que dans l'esprit du système germanique il faut un jugement pour clore la procédure de faillite. Ce jugement est prononcé par le tribunal de faillite, et il est soumis à la même publicité que le jugement d'ouverture.

277. — A partir du jugement de clôture, le débiteur concordataire est remis à la tête de son patrimoine, il a la libre disposition de son patrimoine sous réserve des engagements pris en vertu du concordat.

Toutes les mesures qui ont été prises à la déclaration de faillite, cesseront; le débiteur est réintégré dans tous ses droits. Les incapacités et les déchéances cessent avec le jugement de clôture.

Le débiteur est libéré de son obligation de rembourser à ses créanciers l'intégralité de leurs créances. C'est ce que déclarent expressément les lois yougoslave (art. 168, al. 1^{er}), autrichienne (art. 156) et hongroise (223). Mais bien que la loi dise: le débiteur est

libéré, l'opinion dominante considère cette remise de dette comme laissant subsister une obligation naturelle à la charge du débiteur ⁽⁴⁵⁾.

Lorsque le débiteur est une société commerciale ou une masse successorale, le concordat produira ses effets au profit de tous les associés personnellement responsables (tous les successeurs) envers les créanciers de la société (de la masse successorale) (art. 176, al. 2) ⁽⁴⁶⁾.

278. — La remise concordataire est sans effet vis-à-vis des coobligés du failli et le créancier conserve le droit de poursuivre chacun des codébiteurs pour le tout. Cependant ces derniers n'auront recours contre le failli que pour la somme qu'aurait reçu le créancier s'il avait poursuivi le failli; ainsi le concordat libère le débiteur aussi à l'égard de ses codébiteurs solidaires et cautions (art. 168, al. 2, de la loi yougoslave).

279. — Mais les rapports entre les créanciers et leur débiteur sont profondément modifiés par l'effet du concordat. En effet, les obligations du failli seront allégées et il ne sera plus tenu d'exécuter ses engagements que dans les termes du concordat. Le concordat produira ses effets *vis-à-vis de tous les créanciers* du failli sans qu'il y ait à distinguer s'ils ont produit ou non, s'ils ont voté pour ou contre le concordat. Cependant le concordat peut déroger à cette règle,

(45) V. HEILFRON, *op. cit.*, p. 231 ; LEHMANN, *op. cit.*, p. 238 ; MITROVIC, *op. cit.*, p. 156 ; ZUGLIA-VERONA, *op. cit.*, p. 364.

(46) Cfr. art. 211, al. 2 de la K. O. allemande, art. 164, al. 2 de la loi autrichienne et art. 227 et 228 de la loi hongroise.

mais à la condition de maintenir l'égalité des créanciers ou, à son défaut, de recueillir le consentement de ceux qui seront moins favorisés par les clauses du concordat ⁽⁴⁷⁾.

Toutefois certains créanciers sont exceptés de cette règle générale en raison de leur situation spéciale:

1° Tout d'abord le concordat n'aura d'effet qu'à l'égard des créanciers antérieurs à la déclaration de faillite.

2° Ensuite peuvent réclamer leur paiement intégral les créanciers dont les créances n'ont pas été prises en considération uniquement par la faute du débiteur. C'est une sanction de la mauvaise foi du failli.

3° Nous avons déjà examiné la règle d'après laquelle les créanciers dont les droits ne seront pas atteints par la conclusion du concordat ne pourront aucune-ment influencer le contenu et le vote du concordat. Nous rencontrons maintenant le corollaire de cette règle: le concordat n'aura aucun effet à l'égard des créanciers qui *n'avaient pas le droit* d'intervenir lors de la conclusion du concordat. Ainsi les créanciers qui ne peuvent pas demander le paiement de leurs créances durant la procédure de la faillite, ne peuvent prendre aucune part aux opérations de cette procédure et partant au vote du concordat; par conséquent le concordat doit laisser intacts leurs droits. A cette règle font exception les créances alimentaires légales

(47) Art. 168 de la loi yougoslave ; art. 516 du Code de Com. français ; art. 840 du Code de Com. italien ; art. 193 de la K. O. allemande ; art. 156 de la loi autrichienne et art. 224 de la loi hongroise.

(48) V. *supra*, n° 140.

nées après la déclaration de faillite et les intérêts des créances à partir de la même date. Le concordat n'aura pas d'effet en ce qui concerne les amendes pour infractions, car la nature de ces créances ne peut pas permettre que les créanciers décident de leur réduction. Les créances nées d'un contrat à titre gratuit ne seront pas réduites par l'effet du concordat, mais, selon l'article 168, al. 7, de la loi yougoslave, elles ne peuvent être payées qu'après l'expiration des délais fixés par le concordat pour l'exécution des obligations concordataires. Cette dernière restriction ne se retrouve pas dans la loi autrichienne (art. 156 de la *Konkursordnung* autrichienne).

Par le jugement de clôture les créanciers recouvrent leur droit de poursuite. La faillite n'existe plus et par l'effet de la clôture ses organes disparaissent.

280. — Lorsque le débiteur n'exécute pas les engagements contenus dans le concordat, que deviennent les droits des créanciers? En premier lieu, il faut s'en référer aux clauses du concordat qui contiennent les garanties stipulées au profit des créanciers de la faillite (hypothèques, cautions) et qui déterminent aussi les sanctions en cas d'inexécution.

Le concordat étant au fond un contrat, les parties peuvent rédiger ces clauses à leur gré à la condition toutefois de respecter les règles impératives de la loi que nous avons étudiées plus haut, auxquelles il faut encore ajouter les cas d'inadmissibilité de la proposition du concordat et les cas dans lesquels le tribunal doit refuser l'homologation du concordat. Les parties

peuvent convenir notamment que toutes les facilités de paiement consenties et les abandons de droits accordés dans le concordat perdront leurs effets dans le cas où le débiteur en retarderait l'exécution, et cela à l'égard de certains créanciers seulement ou bien à l'égard de tous.

A l'arrivée de l'événement prévu, les effets de la sanction varient suivant que la créance a été ou non entièrement payée. Si le dividende déterminé par le concordat est payé en totalité, la créance est considérée comme éteinte. Quant aux créances payées en partie, la loi adopte une solution tout à fait logique et qui correspond à la nature des choses. *Une telle créance ne sera considérée comme payée que pour la somme qui est dans la même proportion envers le montant nominal que la somme déjà payée l'était envers le montant défini par le concordat* (art. 168, al. 4 et 5, de la loi yougoslave, et art. 156, al. 4 et 5, de la loi autrichienne) ⁽⁴⁹⁾.

Disons encore que lorsque le débiteur perd le bénéfice du concordat, cette déchéance n'aura d'effet qu'à son égard, mais les créanciers conservent les droits qui leur ont été reconnus par le concordat vis-à-vis du débiteur lui-même ou vis-à-vis des tiers.

(49) Supposons qu'il y ait un créancier et que sa créance soit de 200 francs. Le dividende fixé par le concordat est de 30 %, sa créance sera donc réduite à 60 francs. Pendant l'exécution du concordat il a reçu 30 francs, c'est-à-dire la moitié de sa créance concordataire. Par suite du retard du débiteur sa créance revivra pour le montant nominal, mais le créancier sera considéré comme ayant reçu la moitié de son dû, il ne pourra donc demander que 100 francs.

V. — *Causes de destruction*

281. — Les législations qui font l'objet de notre étude présentent des divergences fondamentales quant à la détermination des causes de destruction du concordat. Dans les pays latins la théorie du concordat-contrat a été adoptée. Aussi, nombreux sont les événements qui sont de nature à faire tomber le concordat. Dans les pays germaniques, au contraire, le concordat est considéré en général comme un contrat judiciaire, plus près du jugement que du contrat. Par conséquent la loi n'admet pas la résolution du concordat pour cause d'inexécution ⁽⁵⁰⁾.

282. — Le Code de commerce français prévoit l'annulation et la résolution du concordat.

Le concordat peut être annulé soit pour dol, soit par suite de condamnation du débiteur pour banqueroute frauduleuse. La loi n'envisage que le dol de la part du débiteur; et les autres vices du consentement, comme l'incapacité de l'un des créanciers, ne constituent pas des causes de nullité. L'annulation du concordat libère de plein droit les cautions (art. 520, al. 1^{er}).

La résolution du concordat peut être demandée pour cause d'inexécution du concordat. Mais à la différence de l'annulation, la résolution ne libère pas les cautions (art. 520, al. 1^{er} et 3).

(50) La loi hongroise, tout en suivant le système germanique, admet la résolution du concordat pour cause d'inexécution; le concordat perd ses effets, mais seulement à l'égard du débiteur; les créanciers continuent à bénéficier des garanties y stipulées (art. 226).

Les effets de l'annulation et de la résolution sont les mêmes: le concordat disparaît rétroactivement et c'est la faillite qui reprend la place du concordat. Il y a de nouveau arrêt des poursuites individuelles et le syndic rentre en fonctions. Cependant les engagements pris par le débiteur pendant la durée du concordat restent valables et les nouveaux créanciers viendront concourir avec les anciens sur les biens du failli (art. 525).

Ce ne sera pas une nouvelle faillite, mais la réouverture de l'ancienne. Par suite de la destruction du concordat, les créanciers concordataires rentreront dans l'intégrité de leurs droits, mais en cas de résolution la caution ne sera tenue que dans la mesure du dividende qu'elle a garanti.

283. — Le Code de commerce italien, dans ses articles 842 à 845, contient la même distinction entre la résolution et l'annulation avec les mêmes effets que dans le Code de commerce français, sauf les modifications ci-après.

L'annulation du concordat ne peut être demandée que lorsqu'on découvre après l'homologation que le passif a été dolosivement exagéré ou une partie de l'actif dissimulé (art. 842). C'est la seule cause qui puisse servir de base à une demande en nullité. Même la condamnation du débiteur pour banqueroute frauduleuse ne détruit pas le concordat, ainsi qu'elle ne mettra point obstacle à sa conclusion ⁽⁵¹⁾.

(51) V. VIDARI, *op. cit.*, IX, n° 8468.

Le concordat étant un contrat, suivant une doctrine acceptée aussi en Italie ⁽⁵²⁾, est soumis à l'article 1165 du Code civil italien qui déclare que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats bilatéraux, pour le cas où une des parties ne satisfait pas à sa propre obligation. C'est la base même de l'action en résolution. La résolution ne peut être demandée, selon l'article 843, que par *la majorité des créanciers* ayant pris part à la délibération du concordat et dont les créances ne sont pas encore entièrement payées selon les dispositions du concordat; cette majorité est formée de la même manière que celle qui doit accepter le concordat.

Le délai est de deux ans à partir du jour où fut découverte l'exagération du passif ou la dissimulation de l'actif.

L'article 843, al. 3, prévoit encore une mesure individuelle: « La résolution peut être demandée individuellement par un ou plusieurs créanciers dont les créances n'ont pas été payées du tout ou n'ont été payées qu'en partie, selon les termes du concordat. En ce cas ces créanciers rentrent dans l'intégrité de leurs droits envers le failli; mais ils ne peuvent demander le reliquat de leurs dividendes promis dans le concordat qu'après l'échéance y établie pour le paiement des derniers dividendes ».

284. — A la différence de ces deux législations, les lois des autres pays posent indirectement ou directe-

(52) V. VIDARI, *op. cit.*, IX, n° 8471. Sur la nature juridique du concordat V. n° 253.

ment (comme l'article 195 de la *Konkursordnung* allemande) le principe que *le concordat ne peut pas être résolu pour cause d'inexécution*.

Le concordat ne peut être annulé que pour deux causes dont les effets sont tout différents.

285. — 1° Le concordat, voté par suite de manœuvres frauduleuses ou d'avantages illicites accordés à certains créanciers, peut être annulé⁽⁵³⁾. Mais cette nullité est relative et n'a d'effet qu'à l'égard de ceux qui l'ont demandée. Le délai est de trois ans à partir de l'homologation du concordat. Ainsi le créancier pourra demander le paiement de sa créance pour la valeur nominale ; car le concordat sera considéré comme sans effet, mais seulement à son égard. Cependant le créancier continuera à bénéficier des droits contenus au concordat vis-à-vis du débiteur ou vis-à-vis des tiers. La caution n'est pas libérée par suite de l'annulation comme en France (art. 520, al. 1^{er} du Code de commerce français). Cette faculté n'appartient qu'au créancier qui n'a pas participé à la fraude et à la condition qu'il ne lui ait pas été possible d'avoir connaissance de ces faits lors de la discussion du concordat.

Pour connaître de l'action en nullité intentée même après la clôture de la procédure de faillite, le tribunal de faillite reste compétent.

286. — 2° Selon l'art. 170, al. 1^{er}⁽⁵⁴⁾, « lorsque le débiteur, dans les deux années qui suivent l'homolo-

(53) Art. 173 de la loi yougoslave ; art. 196 de la loi allemande ; art. 161 de la loi autrichienne et art. 230 de la loi hongroise.

(54) V. les dispositions conformes des lois allemande (art. 197), autrichienne (art. 158) et hongroise (art. 229).

gation du concordat, est définitivement condamné pour banqueroute frauduleuse, la part remise et tous les avantages contenus dans le concordat au profit du débiteur seront considérés comme sans effet à l'égard de tous les créanciers ; cependant tous les droits reconnus aux créanciers restent en vigueur ».

Bien que la loi emploie le mot, il ne s'agit pas ici d'une nullité proprement dite, dans le sens juridique du terme. Le concordat ne tombe pas, mais il devient inopposable aux créanciers.

La condition de l'ouverture de l'action en nullité est la condamnation du débiteur pour banqueroute *frauduleuse*, condamnation qui doit devenir *définitive* dans les deux années qui suivent l'homologation. Il faut encore que la banqueroute ait son origine dans l'insolvabilité actuelle du failli et non pas dans une insolvabilité antérieure qui n'ait aucun rapport avec le concordat en question. La loi exige la condamnation du débiteur. Le fait que le débiteur a été gracié n'aura aucun effet et la nullité doit être prononcée. Mais il n'en sera pas de même si le débiteur est acquitté lors de la révision de l'action pénale, car dans ce dernier cas, la condamnation, condition de la nullité, n'existe plus ⁽⁵⁵⁾.

Lorsque cette condition ainsi définie existe, le concordat devient inopposable *par la force de la loi* ⁽⁵⁶⁾. Cette « nullité » n'a pas besoin d'être demandée. Si donc un créancier a une créance exécutoire, il peut demander l'exécution pour la totalité de sa créance.

(55) Dans ce sens : LEHMANN, *op. cit.*, p. 263.

(56) V. HEILFRON, *op. cit.*, p. 233 ; SYDOW-BUSCH, *op. cit.*, ad § 197 ; LEHMANN, *op. cit.*, p. 265.

287. — La réouverture de la faillite peut se produire sur la proposition d'un créancier quelconque ⁽⁵⁷⁾. Ce n'est pas une nouvelle faillite, mais la continuation de la procédure antérieure ⁽⁵⁸⁾. Aussi la procédure ne sera renouvelée qu'autant qu'il est nécessaire ; les créances déjà vérifiées et admises ne seront pas examinées de nouveau. Et, puisque dans l'intervalle entre la clôture de la procédure et le renouvellement de la faillite le débiteur avait sa pleine capacité de contracter, les créanciers du débiteur, dont les créances ont pris naissance à cette époque, peuvent concourir avec les anciens. Les créanciers qui sont intervenus à la conclusion du concordat produiront pour la valeur nominale de leurs créances, déduction faite des sommes reçues. Les créances déjà entièrement payées selon les dispositions du concordat ne seront considérées comme éteintes que si elles sont payées pour leur montant intégral ⁽⁵⁹⁾.

Les actes accomplis par le débiteur dans l'intervalle entre la clôture de la faillite et le jour de sa réouverture peuvent être annulés si les conditions exigées pour l'annulation sont réunies. Nous avons vu plus

(57) En France (art. 522) et en Italie (art. 344, al. 1^{er}) il y a lieu à la réouverture d'office.

(58) Mais la réouverture doit être publiée dans les mêmes formes qu'une déclaration de faillite.

(59) Au contraire les Codes de Commerce français (art. 526, al. 1^{er}) et italien (art. 845, al. 1^{er}) adoptent une autre solution. A l'égard du débiteur, les créanciers qui ont participé au concordat rentrent dans l'intégrité de leurs droits. Mais à l'égard des créanciers nouveaux, s'ils ont déjà reçu une partie de leurs dividendes, ils ne pourront figurer dans la masse que « pour la portion de leurs créances primitives correspondante à la portion du dividende promis qu'ils n'auront pas touché ». C'est donc la même solution que celle que consacre la loi yougoslave en cas de *résiliation conventionnelle* du concordat (V. *supra*, n° 280).

haut qu'en ce qui concerne l'annulation de certains actes (N^{os} 128 et 129) et les restrictions à la compensation (N^o 176), la loi fait intervenir l'insolvabilité du débiteur. Mais il se peut que durant la validité du concordat, le débiteur ne soit jamais devenu insolvable. La compensation de certaines créances serait possible et l'annulation de certains actes — annulation exigeant la preuve de l'insolvabilité — ne pourrait être demandée si la loi n'avait pas prévu cette éventualité. Selon la loi⁽⁶⁰⁾, si le débiteur n'est jamais devenu insolvable dans l'intervalle de la clôture et de la réouverture de la procédure de faillite, c'est le jour du prononcé du jugement déclarant le débiteur banqueroutier frauduleux qui sera considéré comme le jour où le débiteur est devenu insolvable.

Notons encore qu'en cas de réouverture de la procédure de faillite, il ne peut plus intervenir un nouveau concordat, la banqueroute frauduleuse constituant un empêchement à l'admissibilité du concordat.

288. — On peut supposer que le concordat a été régulièrement exécuté, mais que le débiteur ne paie pas ses nouveaux créanciers. En pareil cas, les nouveaux créanciers ont le droit de provoquer une nouvelle déclaration de faillite. Mais cette nouvelle faillite aura, à l'égard des anciens créanciers, le même effet qu'une annulation du concordat, en ce sens que les anciens créanciers pourront produire à la nouvelle faillite pour toutes les sommes qui étaient restées impayées. Ce-

(60) Art. 172, al. 1^{er} de la loi yougoslave ; art. 199 de la loi allemande ; art. 160 de la loi autrichienne et art. 234 de la loi hongroise.

pendant, ils n'auront aucune situation privilégiée à l'égard des nouveaux créanciers, mais en revanche, ils ne doivent pas restituer les sommes qu'ils ont touchées de bonne foi. Les créances ne seront considérées comme éteintes que si le dividende prévu par le concordat, au moment de son annulation, a été entièrement versé. Dans le cas contraire, la créance sera considérée comme payée pour la somme qui est dans la même proportion envers le montant de la créance primitive que la somme effectivement payée l'est envers la somme déterminée par le concordat ⁽⁶¹⁾.

Quatrième section

LA RÉPARTITION DE LA MASSE

289. — Nous avons vu plus haut ⁽⁶²⁾ qu'au point de vue législatif, cette dernière phase de la procédure peut être conçue de deux façons différentes.

En France, notamment, la loi exige qu'une assemblée de créanciers soit réunie pour la discussion du concordat. Si le concordat n'est pas conclu, une nouvelle période commence, l'*union*, qui est une phase en quelque sorte indépendante de la première.

Au contraire, dans l'esprit de la loi yougoslave, qui suit le système germanique, cette solution doit être considérée comme la solution normale de la procédure de faillite. A ce point de vue, le concordat n'est qu'un

⁽⁶¹⁾ Art. 175 de la loi yougoslave ; art. 526, al. 2, du Code de Com. français ; art. 845, al. 2, du Code de Com. italien et art. 163 de la loi autrichienne.

⁽⁶²⁾ V. *supra*, n^{os} 209 et suiv.

incident de procédure. Le syndic continue l'administration et la réalisation de l'actif. Dès l'ouverture de la faillite, le syndic peut procéder à la vente des biens; l'argent ainsi obtenu doit être placé (art. 127) et le paiement des créanciers peut commencer aussitôt après l'assemblée générale de vérification des créances (art. 140).

290. — Les différentes espèces de créances conditionnent aussi des sortes différentes de paiements. Nous allons examiner la manière dont seront payés les créanciers.

Les créanciers ayant droit à l'extraction des biens seront payés en nature. La déclaration de faillite ne touche en rien au droit de demander l'extraction des biens n'appartenant pas à la masse de la faillite.

291. — Les créanciers ayant des sûretés réelles seront payés de la chose sur laquelle ils ont leur sûreté. Ainsi le créancier hypothécaire sera payé de l'immeuble hypothéqué. Si plusieurs créanciers ont, pour leur sûreté, le même objet, leur concours se réglera suivant leur rang. Ce qui reste de la chose après le paiement de tous les créanciers, entrera dans la masse de la faillite.

292. — Parmi les autres créanciers, les créanciers de la masse ont le droit de se faire payer avant tout autre créancier du failli. Le patrimoine soumis à la faillite sert avant tout au paiement de ces créanciers et le syndic doit régler ces créances à leur échéance, sans égard à l'état de la procédure. Si le patrimoine ne

suffit même pas à payer les dettes de la masse, il y aura concours entre les créanciers de la masse.

293. — Les créanciers chirographaires seront payés sur la masse qui restera après le paiement des créanciers ci-devant énumérés. Ils seront payés suivant le rang. Il n'est point nécessaire que la répartition soit faite en une seule fois. Au cours de la procédure, il peut y avoir lieu à la distribution des deniers, et à la fin de la procédure, il sera procédé à une nouvelle répartition. Nous étudierons chacun de ces modes.

294. — A). La répartition entre les créanciers chirographaires des deniers provenant de la vente des biens pourra se faire dès la clôture de l'assemblée générale de vérification des créances, toutes les fois que le syndic aura assez d'argent disponible (art. 140, al. 1^{er}) ⁽⁶³⁾.

La répartition est faite par le syndic ⁽⁶⁴⁾ sous le contrôle du comité des créanciers et avec l'autorisation du juge-commissaire. La répartition peut être faite soit sans aucune forme, soit suivant un plan préparé à cet effet par le syndic ⁽⁶⁵⁾.

(63) Les mêmes dispositions sont contenues dans l'art. 149 de la *Konkursordnung* allemande de 1898 ; l'art. 128 de la loi autrichienne de 1914 ; l'art. 178 de la loi hongroise de 1881. Cfr. l'art. 793, al. 1^{er} du Code de Commerce italien combiné avec l'art. 12 de la loi italienne du 10 juillet 1930. Les Codes de Commerce français (art. 566) et italien (art. 809, al. 2) prescrivent pour le syndic l'obligation de présenter *tous les mois* au juge-commissaire un état de la situation de la faillite et de l'argent disponible pour la répartition.

(64) Tandis que selon l'art. 115 de l'ancienne loi serbe c'était le tribunal qui procédait au paiement des créanciers.

(65) Aux art. 140 à 150 de la loi yougoslave correspondent les art. 149 à 172 de la *Konkursordnung* allemande ; les art. 128 à 139 de la loi autrichienne et les art. 173 à 197 de la loi hongroise. Cfr. les art. 529 à 541 du Code de Com. français et les art. 793 à 797 du Code de Com. italien.

295. — Dans des cas simples, le syndic propose au juge-commissaire la répartition de l'argent disponible. Cette répartition doit être préalablement approuvée par le comité des créanciers. Ainsi les créanciers ne seront point consultés, mais s'ils se croient lésés, les voies de recours leur sont ouvertes. Mais le recours n'a point d'effet suspensif.

296. — Lorsque le juge-commissaire trouve que la situation est plus compliquée, il ordonnera au syndic de préparer un plan de répartition approuvé par le comité des créanciers. Ce plan doit contenir l'énumération de toutes les créances suivant le rang, le montant de la somme disponible et le dividende de chaque créance. Le juge-commissaire examinera ce plan et dans sa forme et dans son contenu, la loi lui permet même de le corriger. Lorsque le juge-commissaire trouve que le plan est en ordre, il l'affichera au tableau du tribunal et en avisera le débiteur et les créanciers qui peuvent l'examiner et présenter leurs observations dans un délai de quinze jours. En même temps, le débiteur, les créanciers, le syndic et les membres du comité des créanciers seront convoqués en assemblée pour discuter les observations présentées au sujet de ce plan.

C'est donc une procédure contradictoire où les parties discutent les clauses du plan et les observations présentées. S'il n'y a pas de doute quant à la régularité du plan et si nulle observation n'a été présentée, ou si les observations présentées ont été retirées, le juge-commissaire approuvera le plan. Dans tous les

autres cas, c'est le tribunal qui décidera sur l'approbation ; sa décision sera affichée et communiquée au débiteur et au syndic. Contre cette décision, les parties intéressées peuvent former appel et, éventuellement, se pourvoir en cassation.

297. — Les articles 143 à 146 de la loi yougoslave contiennent quelques règles spéciales.

Le créancier dont les créances ont été contestées au cours de la procédure de vérification des créances, doit intenter son action en vérification dans le délai déterminé par le juge-commissaire. Si la demande est déposée dans le délai nécessaire, tous les droits du créancier seront sauvegardés. Si l'on se trouve, lors de la répartition, en présence de créances contestées, alors les créanciers du même rang et du rang postérieur ne **peuvent être payés qu'après la consignation au tribunal des sommes nécessaires au paiement des créances contestées (art. 143).**

Les créanciers dont les créances ont été tardivement produites et qui, par ce fait, n'ont pas pu être comprises dans une répartition antérieure, peuvent réclamer le paiement du dividende déjà distribué aux autres créanciers du même rang (art. 146).

Les créanciers armés d'une sûreté réelle qui sont en même temps créanciers personnels du débiteur, ou les créanciers d'une société commerciale, qui ont produit aussi bien dans la faillite d'un associé personnellement responsable que dans celle de la société, ne peuvent recevoir de la masse générale que la somme qu'ils n'auront pas touchée de la réalisation de leur

sûreté ou de la faillite de la société. Ceci ne donne lieu à aucune difficulté si la réalisation de la masse spéciale (ou la faillite de la société) précède la répartition de la masse générale (la faillite de l'associé). Si, au contraire, la répartition de la masse générale a lieu avant celle de la masse spéciale, et si la masse spéciale fait partie de la masse générale, alors ces créanciers seront payés sur la masse générale pour toutes leurs créances comme si leur sûreté n'existait pas. Mais, s'il est prouvé à la répartition de la masse spéciale que le créancier a reçu de la masse générale plus qu'il n'en devait toucher, selon la proportion de la perte subie lors de la réalisation de son droit, la somme payée en trop sera versée dans la masse générale directement par la masse spéciale ⁽⁶⁶⁾ (art. 144, al. 1^{er}. 2 et 3).

Moins avantageuse est la situation réservée aux créanciers ayant une hypothèque sur un immeuble du débiteur situé à l'étranger et à ceux qui possèdent une propriété fiduciaire. Cette dernière est considérée par la loi yougoslave comme une sûreté réelle. Au cours de la procédure de l'approbation du plan de répartition, ces créanciers doivent déclarer au syndic le montant de leur créance qui ne sera vraisemblable-

(66) Pour mieux élucider cette question nous citons un exemple. Supposons qu'un créancier ait une créance de 100.000 francs garantie par une hypothèque prise sur l'immeuble du failli. Le syndic de la faillite procède à une première répartition entre les créanciers chirographaires en raison d'un dividende de 10 %. Le créancier hypothécaire sera traité comme un simple chirographaire, il aura donc 10.000 francs à toucher. Peu de temps après, son droit sera réalisé et il touchera sur le prix de l'immeuble, selon son rang, 60.000 francs, sa perte sera donc de 40.000 francs. A la première répartition il n'aurait dû recevoir que 10 % des 40.000 francs, c'est-à-dire 4.000 francs, il a ainsi reçu 6.000 francs de trop qui seront déduits des 60.000 francs et mis à la disposition de la masse générale de la faillite.

ment pas couvert par la réalisation de leur gage. Lors de chaque répartition, ils seront traités comme les autres créanciers ayant une sûreté réelle, mais leur créance ne sera prise en considération que pour le reliquat qui restera probablement non payé à la réalisation de la masse spéciale. Si au contraire ils ont reçu à la vente de l'immeuble hypothéqué moins qu'ils n'espéraient toucher, la différence leur sera payée par la masse générale (art. 144, al. 4 et 5).

A chaque répartition, il arrive très souvent que certaines créances ne sont pas immédiatement payées, elles seront seulement garanties, comme les créances contestées ou les créances conditionnelles. Les sommes nécessaires à cette garantie doivent être déposées au tribunal et, après les y avoir déposées, le syndic peut continuer le paiement des créanciers du même rang et du rang subséquent (art. 145 et 143, al. 1^{er}).

Après chaque répartition, le syndic doit apporter au juge-commissaire les preuves attestant qu'elle a été opérée. Il doit déposer les reçus signés par les créanciers et, pour les sommes consignées au tribunal, un reçu donné par le tribunal.

298. — B). La répartition finale est essentiellement une procédure contradictoire poursuivie suivant un plan préparé et discuté comme nous l'avons vu plus haut. On applique à cette procédure les règles que nous venons d'indiquer pour les répartitions en général. Mais elle présente toutefois quelques particularités. La répartition finale suppose que tout le patrimoine est déjà réalisé, que le sort des créances con-

testées est déjà décidé, que les honoraires du syndic sont déjà fixés et les comptes de l'administration approuvés (art. 148) ⁽⁶⁷⁾.

Lorsque toutes ces conditions se trouvent réunies, il sera procédé à la répartition finale. Pour ne pas causer des pertes de temps inutiles, la loi elle-même tranche quelques controverses dans son article 149. Il peut arriver que, pour quelques sommes déposées au tribunal, on ne sache pas encore si elles ne retomberont pas dans la masse (par exemple une créance sous condition suspensive) : la répartition finale ne doit pas être ajournée pour cette cause. Si la condition ne se réalise pas, il y aura lieu à une répartition ultérieure et, si l'arrivée de la condition n'est pas probable, la créance ne doit pas même être garantie. Les créanciers ayant une sûreté réelle, mais qui demandent à être couverts de la perte qu'ils auront à subir lors de la réalisation de leurs droits, doivent prouver au syndic le montant de leur perte future avant l'expiration du délai de quinze jours destiné à la présentation des observations. Il faut encore que le montant du reliquat soit approuvé par le juge-commissaire.

299. — C). Il peut arriver qu'après la répartition finale les sommes déposées au tribunal deviennent disponibles. Toutes les fois qu'on se trouve en présence d'une telle situation, le syndic, après avoir obtenu l'approbation du juge-commissaire, distribuera entre les

(67) Cfr. les art. 161 et 162 de la *Konkursordnung* allemande ; les art. 136 et 137 de la loi autrichienne et les art. 196 et 197 de la loi hongroise.

créanciers l'argent ainsi devenu disponible, en prenant pour base le plan élaboré pour la répartition finale (art. 150, al. 1^{er}) (68). Le syndic fournira au juge-commissaire la preuve de cette exécution.

Cependant, si la répartition de sommes insignifiantes occasionne trop de frais, le tribunal, le syndic et le comité des créanciers entendus, peut ne pas procéder à la répartition et laisser ainsi cet argent à la disposition du débiteur (art. 150, al. 3).

Lorsqu'il se révèle après la clôture que le failli avait dissimulé certains biens ou que certains biens ne deviennent saisissables qu'après la clôture de la faillite, il n'y aura pas lieu à une nouvelle déclaration de faillite, mais on procédera simplement à une répartition ultérieure identique à celle que nous venons de décrire (art. 150, al. 2).

300. — Après la répartition des deniers, le tribunal de faillite prononcera le jugement de clôture (art. 151). Le jugement sera publié conformément à l'article 84, c'est-à-dire dans la même forme que le jugement d'ouverture. Quels sont les effets de la clôture de la procédure, nous le verrons dans notre section suivante.

Cinquième section

PROCÉDURE ET EFFETS DU JUGEMENT QUI PRONONCE LA CLÔTURE DE LA FAILLITE

301. — Nous avons exposé dans notre introduction

(68) Cfr. l'art. 166 de la *Konkursordnung* allemande et l'art. 138 de la loi autrichienne.

les conceptions diverses que les législations se font du rôle de la faillite (V. N^{os} 28 et suiv.). Dans le système latin, la faillite est un état DÉCLARÉ par un jugement et qui ne cesse que par la réhabilitation du commerçant. Si un concordat est conclu, le jugement d'homologation fait cesser les fonctions des différents organes de la faillite ; s'il n'intervient pas de concordat, l'union s'ouvre et la faillite continue jusqu'à la fin de la liquidation. Mais il n'y a pas de clôture de la procédure, comme dans les pays qui suivent le système germanique. Dans ces derniers pays, en effet, le « concours » est un mode d'exécution qui est *ouvert* et clos aussitôt que possible. Au jugement d'ouverture correspond le jugement de clôture qui fait *tabula rasa* de toute la faillite ; il fait disparaître toutes les traces de la procédure.

302. — Les issues normales de la procédure de faillite sont le concordat et la répartition des biens. Mais la faillite peut prendre fin soit parce que l'actif est insuffisant pour couvrir les premiers frais de la procédure, soit parce qu'il n'existe qu'un seul créancier (dans les pays où la faillite ne peut être déclarée qu'en cas de pluralité de créanciers), soit parce que le failli réussit à conclure un concordat amiable, ou obtient un concordat par abandon d'actif (art. 541 du Code de com. français), soit enfin par suite de la renonciation de tous les créanciers à suivre la procédure de faillite (art. 179 de la loi yougoslave ; art. 202 de la *Konkursordnung* allemande ; art. 167 de la loi autrichienne et art. 166 à 168 de la loi hongroise).

303. — Dans les pays germaniques, la clôture de la procédure de faillite doit être prononcée par le même tribunal qui a ouvert la faillite. Une expédition conforme à la décision sera remise au débiteur, au syndic, aux créanciers de la masse et aux créanciers qui ont pris part aux opérations de la faillite, ainsi qu'aux autorités qui ont été avisées de la déclaration de faillite. En même temps, le juge-commissaire procédera à la radiation des inscriptions faites lors de la déclaration de faillite.

Remarquons bien que les effets de la clôture ne commencent à courir qu'à *partir du jour où le jugement de clôture sera devenu définitif*. Mais alors le jugement produira tous ses effets indépendamment de la publicité du jugement.

1° Le dessaisissement cesse avec la clôture de la procédure. Le débiteur recouvre sa pleine capacité de contracter, d'ester en justice et de disposer de ses biens qui n'ont pas été aliénés. Exceptionnellement, le dessaisissement survit à la clôture dans deux cas :

a) lorsque la faillite prend fin par la répartition des biens et que d'autres biens sont découverts ensuite qui appartenaient déjà au failli pendant la procédure ; en ce cas, il y aura lieu à une répartition ultérieure ;

b) le concordat peut déroger aussi à ce principe en conférant les biens du failli à une tierce personne pour garantir l'exécution du concordat.

2° La prescription des créances recommence à courir.

3° Par l'effet de la clôture, les créanciers recouvrent le droit de poursuite individuelle. Les créanciers pour-

ront saisir les biens nouvellement acquis. Tous les créanciers, sans aucune distinction, peuvent poursuivre le débiteur en paiement de la totalité de leurs créances, y compris les intérêts et les frais. Toutefois, lorsque la faillite prend fin par concordat, les créanciers — qu'ils aient ou non produit — ne peuvent réclamer le paiement de leurs créances que dans la mesure établie par le concordat.

Nous avons vu que, si à l'assemblée de vérification de créances, une créance a été contestée soit par le syndic, soit par un créancier admis à voter, le créancier dont la créance est contestée doit intenter une action en justice en vue de la vérification de sa créance. Mais la contestation de la part du débiteur n'aura aucun effet pendant la procédure de faillite. Après la clôture de la procédure, au contraire, une distinction doit être faite entre les créances reconnues par le débiteur et celles contestées par lui, même si elles ont été déclarées admises par suite d'une décision du tribunal. Le principe est que toute créance admise et non contestée par le débiteur devient exécutoire contre lui ⁽⁶⁹⁾. L'absence du débiteur ou son silence à l'assemblée de vérification équivaut à la reconnaissance de la créance ⁽⁷⁰⁾.

4° Avec la clôture de la procédure, les organes de la faillite perdent leur raison d'être. Toutefois, le concordat peut prévoir le maintien du syndic dans ses

(69) Au contraire, selon l'art. 238 de la loi hongroise le caractère exécutoire appartient aussi aux créances contestées par le débiteur, mais reconnues par le tribunal.

(70) V. ZUGLIA et VENONA, *op. cit.*, p. 208 ; de même l'arrêt de la Cour d'Appel de Budapest, n° 165/1903, rapporté par KATONA, *op. cit.*, p. 260.

fonctions et, lorsque la faillite prend fin par la répartition des biens, toutes les fois qu'il y a lieu à une répartition ultérieure, le syndic, le comité des créanciers et le juge-commissaire entrent en activité.

5° Enfin la clôture de la procédure restitue au débiteur sa pleine capacité politique et professionnelle.



CHAPITRE VIII

La Procédure sommaire

304. — Un des inconvénients reprochés à la procédure de faillite est sa lenteur et, par conséquent, l'augmentation des frais. Très souvent, il est inutile, voire même contraire aux intérêts des créanciers, d'entourer de garanties exagérées et coûteuses une faillite ne présentant qu'un intérêt minime. Les créanciers, effrayés des frais, préfèrent conclure avec le débiteur un concordat amiable. On connaît les résultats de ces procédés où le plus souvent, quelques créanciers sans scrupule, sous la menace de déclaration de faillite, accaparent le patrimoine de leur débiteur insolvable. Il fallait imaginer un procédé de liquidation où les principes de la faillite restent maintenus, mais où, en même temps, la célérité de la liquidation soit assurée. C'est à ce but que correspond la procédure des *small bankruptcy* de la loi anglaise de 1883, la procédure des *piccoli fallimenti* de la loi italienne de 1903 et la *procédure sommaire* des lois hongroise (de 1881), autrichienne (de 1914) et yougoslave (de 1929).

Pour qualifier la faillite de « petite », le législateur

s'attache au montant de l'*actif* ⁽¹⁾. Mais ce montant est différent selon les législations ⁽²⁾.

305. — Les idées générales qui dominent la procédure sommaire sont les suivantes :

A part l'ouverture et la clôture de la faillite, qui sont prononcées par le tribunal, toute la direction de la procédure est entre les mains du juge-commissaire. Il n'existe pas de comité de créanciers (art. 263 de la loi hongroise sur la faillite), ou s'il y en a un, il est composé de trois membres seulement (art. 170 de la loi autrichienne et art. 182 de la loi yougoslave).

306. — Il convient d'insister sur le caractère de la procédure sommaire : elle demeure, dans son essence, toujours une procédure de faillite. Les règles de fond sont les mêmes quant aux droits des créanciers et quant aux effets de la faillite à l'égard du débiteur. Cependant, sur ce dernier point, selon la loi italienne de 1903, l'assimilation n'est pas complète. Aux termes de l'art. 38, al. 2 de cette loi, « l'action pénale pour banqueroute ne peut être exercée si ce n'est à titre de banqueroute frauduleuse ».

⁽¹⁾ V. art. 181 de la loi yougoslave ; art. 169 de la loi autrichienne et art. 262 de la loi hongroise. En sens contraire : art. 36, al. 1^{er} de la loi italienne de 1903 : « Le commerçant dont les *dettes commerciales et civiles* ne dépassent pas... »

⁽²⁾ Ainsi en Angleterre il est de 300.000 francs (3.000 £) ; en Italie, depuis la loi de 1930, 26.000 francs (20.000 liras) ; en Yougoslavie, 44.000 francs (100.000 dinars), et en Autriche, 17.500 francs (5.000 schillings). La loi hongroise ne fixe pas de limite.

CHAPITRE IX

Les diverses Infractions qui peuvent se produire en cas de Faillite

307. — Pour que la faillite réponde à son but : paiement égal de tous les créanciers, le législateur a pris des précautions pour assurer le respect du principe *par conditio omnium creditorum* et pour prévenir les fraudes possibles.

A son origine et jusqu'à ces derniers siècles, faillite et banqueroute ont été considérées comme synonymes, et aujourd'hui encore ces deux termes sont souvent confondus dans la pratique. Cependant la banqueroute ne dérive pas de l'infamie dont le débiteur était atteint. Le caractère infamant de la faillite se manifeste dans les incapacités civiles et professionnelles qui accompagnent nécessairement toute procédure de faillite. La note d'infamie est attachée à l'insolvabilité, au fait que le débiteur est incapable de faire honneur à sa parole. Le droit de banqueroute est une véritable répression de caractère pénal d'un délit commis par un débiteur.

La banqueroute présente un certain nombre de ca-

ractères qui lui donnent une physionomie particulière et la font souvent échapper, en tant qu'une infraction aux règles du droit commun. Suivant que le débiteur a agi imprudemment, tout en restant de bonne foi, ou qu'il a commis sciemment un acte malhonnête, le législateur édicte contre lui des peines et qualifie les actes du failli de « délits » ou de « crimes ».

308. — L'étude de la banqueroute appartient au droit pénal. Aussi les lois de faillite les plus modernes ne renferment aucune réglementation générale de la banqueroute, à la différence des Codes de commerce français (art. 584 à 603) et italien (art. 855 à 867), ou encore de la *Konkursordnung* allemande (art. 239 à 244).

Nous ne nous sommes pas proposé d'étudier d'une manière détaillée les infractions à la loi pénale survenues au cours de la procédure de faillite ; nous nous bornons seulement à dégager les idées générales et à citer les textes législatifs qui s'y réfèrent.

Ces infractions peuvent émaner d'abord du débiteur qui est alors déclaré soit banqueroutier frauduleux, soit banqueroutier simple, d'un tiers, d'un créancier ou du syndic.

309. — La *banqueroute frauduleuse* est prévue par toutes les législations et les lois la punissent, à peu de différences, de la même façon ⁽¹⁾. Toutes les lois sont

(1) V. art. 591 du Code de com. français ; art. 860 du Code de com. italien ; art. 239 de la K. O. allemande ; art. 344 du Code pénal yougoslave ; art. 205 a. du Code pénal autrichien et art. 414 du Code pénal hongrois.

d'accord pour considérer le banqueroutier frauduleux comme un criminel et le punissent de peines très sévères. La banqueroute frauduleuse rend le failli indigne de conclure un concordat avec ses créanciers (V. supra N° 265), et, en outre, elle constitue une cause d'annulation du concordat homologué (V. N°s 282, 283 et 286). Enfin les actes qui constituent le crime de banqueroute sont, en général, les mêmes dans tous les pays. Rentrent dans cette sorte de banqueroute les actes par lesquels le débiteur dissimule, détourne une partie de son actif, reconnaît des dettes inexistantes, détruit ses livres de commerce ou les tient de telle manière qu'il n'est pas possible d'en tirer un état exact de son patrimoine.

310. — La *banqueroute simple* résulte d'une faute du débiteur ⁽²⁾. A la différence de la banqueroute frauduleuse, la banqueroute simple n'exige pas la mauvaise foi du débiteur. Elle constitue une infraction moins grave que la banqueroute frauduleuse ; elle est réprimée moins sévèrement, elle ne constitue qu'un délit. Il n'y a pas la tentative de banqueroute simple et la complicité n'est pas punie, par opposition à la banqueroute frauduleuse.

Il convient de noter une particularité de la loi française. Le Code de commerce distingue deux sortes de banqueroute simple. Dans certains cas, énumérés par l'art. 586, la loi confère au tribunal un pouvoir dis-

(2) V. art. 585 et 586 du Code de com. français ; art. 856 et 857, du Code de com. italien ; art. 240 de la K. O. allemande ; art. 345 du Code pénal yougoslave ; art. 486 du Code pénal autrichien et art. 416 du Code pénal hongrois.

créationnaire pour déclarer le débiteur banqueroutier simple ; dans les autres pays, le juge ne dispose pas d'un tel pouvoir. Par contre, l'art. 585 énonce les cas où la déclaration de faillite déclanche d'une manière automatique la banqueroute simple.

311. — Nous avons supposé jusqu'à présent que le débiteur ait accompli des actes dolosifs qui sont de nature à diminuer son actif ou à augmenter son passif. Mais des infractions peuvent intervenir de la part des tiers. Il ne s'agit pas de la complicité qui peut avoir lieu aussi bien en cas de banqueroute frauduleuse qu'en cas de délits de droit commun, comme l'escroquerie. Nous voulons parler d'infractions spéciales prévues par la loi et traitées d'une manière indépendante.

Il peut arriver qu'une personne ait détourné certains objets de la faillite sans la participation du failli, bien que dans le but de rendre service au failli. Cette personne, ainsi que le prétendu créancier qui a fait de fausses déclarations, et feint une créance en vue d'exagérer le passif dans son propre intérêt ou celui du débiteur, sera punie des peines de la banqueroute frauduleuse, indépendamment de toute idée de banqueroute ⁽³⁾.

312. — Il y a lieu de mentionner une autre sorte d'infractions qui se rencontrent fréquemment dans la

(3) V. art. 593 du Code de com. français ; art. 865 du Code de com. italien ; art. 242 de la K. O. allemande ; art. 354, al. 2 et 355 du Code pénal yougoslave et art. 205 b. du Code pénal autrichien.

pratique : infractions commises par des créanciers et qui se présentent sous plusieurs formes.

Il peut arriver qu'un créancier se fasse accorder une rémunération par le failli pour émettre un vote favorable au concordat. La loi punit sévèrement les contrevenants ⁽⁴⁾.

Souvent un créancier parvient à se faire remettre des fonds dissimulés par le failli ou, d'une manière générale, s'assure, par un procédé analogue, une situation préférable aux autres créanciers. La loi prévoit une sanction pénale : le créancier qui a reçu l'avantage du failli sera puni d'emprisonnement. Quant à la sanction civile, ces actes sont soumis à l'action en nullité s'ils interviennent dans un certain délai avant la déclaration de faillite ⁽⁵⁾.

313. — Peuvent enfin être punis le syndic de faillite et les membres du comité des créanciers lorsqu'ils acceptent des avantages du failli au dépens des créanciers ⁽⁶⁾.

(4) V. art. 597 du Code de com. français ; art. 866 du Code de com. italien ; art. 243 de la K. O. allemande ; art. 355 du Code pénal yougoslave et art. 486 b. du Code pénal autrichien.

(5) V. *supra*, n^{os} 127 et s.

(6) V. art. 596 du Code de com. français ; art. 864 du Code de com. italien et art. 355, al. 2 et 356, al. 3 du Code pénal yougoslave.

Conclusions

314. — Au cours de notre étude, nous avons rencontré, à plusieurs reprises, l'opposition des législations latines et des législations germaniques quant aux conséquences morales de la faillite. Par sa mise en faillite, le débiteur non seulement perd le droit d'administrer son patrimoine, mais encore devient une sorte d'incapable social, banni de la société, exilé de la vie publique. Ce trait de la faillite est commun à toutes les lois ; seule la durée de l'incapacité varie suivant les pays.

A l'origine de l'institution de la faillite, les mesures prises contre le débiteur différaient suivant qu'il attendait que la *missio in bona* soit demandée ou qu'il se plaçait lui-même sous la protection de la justice en faisant cession de biens ⁽¹⁾. Divers avantages étaient attachés au bénéfice de la *cessio bonorum* : le débiteur échappait à l'emprisonnement pour dettes et ne subissait pas la note d'infamie qu'encourageaient les autres insolvable. Au moyen âge on commença à se départir

(1) V. *supra*, n° 28.

de l'indulgence dont bénéficiaient à Rome certains faillis : le même sort fut imposé à tous les débiteurs, sans distinction, en cas d'inexécution de l'obligation. Mais depuis, et surtout dans les dernières cinquante années, les législations ont évolué sans cesse. Le législateur moderne comprit la nécessité de réserver un traitement spécial, indulgent au débiteur qui n'est devenu insolvable que par suite des circonstances économiques défavorables.

Plusieurs remèdes furent imaginés pour relever l'invalidité économique de bonne foi : les uns visent la personne du débiteur, les autres la liquidation de son patrimoine.

Dans la procédure de faillite, la dose de rigueur n'est pas la même envers tous les débiteurs ; parmi les insolubles, on distingue des personnes dont la chute économique a été entraînée seulement par leurs maladresses commerciales ou par leurs spéculations imprudentes ; d'autres, au contraire, se sont livrées à des manœuvres dolosives dans le but de frauder leurs créanciers : leur malhonnêteté est manifeste. Les législations tendent de plus en plus à tenir compte de ces différences d'origine de la faillite en faisant des traitements divers à ces deux sortes de faillis, en isolant le simple failli du débiteur de mauvaise foi et considèrent ce dernier comme banqueroutier, simple ou frauduleux, suivant la gravité des fautes commises.

315. — Il arrive souvent, surtout en temps de crise, qu'un débiteur se trouve, sans sa faute, dans l'impossibilité de s'acquitter de son obligation. Il se peut que

le débiteur ait bien géré son patrimoine, mais que son insolvabilité ait été causée par des circonstances économiques; indépendantes de sa volonté ; si donc, dans ces conditions, le débiteur malheureux et de bonne foi demande à la justice de lui venir en aide pour éviter la ruine complète, faut-il lui réserver le même traitement qu'aux autres insolubles, sans distinction aucune ?

316. — Le législateur a senti la nécessité d'organiser, à côté de la faillite, une procédure adoucie de liquidation, en faveur de certains insolubles, dignes de ménagement. A cet effet, plusieurs procédés ont été créés dans les différents Etats.

317. — A). Les législateurs hollandais (Code de com. de 1838, modifié en 1893), belge (loi de 1851) et italien (Code de com. de 1883, art. 819 à 829, abrogés en 1903 par la loi sur le concordat préventif, art. 42) ont introduit dans leur pays le *sursis de paiement*. Il consiste dans la faculté pour le tribunal d'accorder au débiteur qui le demande, et à la condition qu'une certaine majorité des créanciers y consente, un délai, en général assez court, pour payer ses dettes. Mais le sursis suppose un embarras d'affaires momentanée, une cessation de paiements transitoire et, dès qu'il s'agit d'une véritable insolvabilité, le sursis doit être refusé.

318. — B). Plusieurs projets, tendant à soustraire le commerçant malheureux aux rigueurs de la faillite, ont été déposés à la Chambre française vers la fin du

xix^e siècle. Mais le législateur a opté pour une autre procédure originale, dénommée *liquidation judiciaire*. La procédure commence, comme en cas de faillite, par mettre le patrimoine sous la main de la justice. Si, plus tard, le tribunal, après examen de la situation exacte du patrimoine du débiteur, constate que l'insolvabilité est due à des causes économiques naturelles et non pas à la mauvaise foi du débiteur, celui-ci bénéficiera d'un régime moins rigoureux que la faillite. Le débiteur doit déposer son bilan dans les quinze jours de la cessation de paiement (art. 2 et 1^{er} de la loi du 4 mars 1889). La requête étant admise, le jugement sera publié comme en matière de faillite (art. 4, al. 3). Le jugement d'ouverture nomme un ou plusieurs *liquidateurs provisoires* (art. 4, al. 1^{er}), qui peuvent être remplacés par la première assemblée des créanciers (art. 9, al. 3). Les effets de la liquidation judiciaire sont à peu près les mêmes que ceux de la faillite. Les actions et les voies d'exécution sont suspendues (art. 5, al. 1^{er}), les dettes du débiteur deviennent exigibles et le jugement d'ouverture arrête « le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège, par un nantissement ou par une hypothèque » (art. 8, al. 1^{er}). Mais, à la différence de la faillite, la liquidation judiciaire n'entraîne pas le dessaisissement du failli. Il continue à faire, avec l'assistance des liquidateurs, tous les actes conservatoires (art. 6, al. 1^{er}) ; pour les actes plus graves (continuation du commerce ou de l'industrie), il a besoin, en outre, de l'autorisation du juge-commissaire (art. 6, al. 3 et art. 7, al. 1 et 2) et quelquefois même (si l'objet d'une transaction

est de valeur indéterminée ou excède 1.500 francs) de l'autorisation du tribunal (art. 7, al. 3). Les créanciers seront convoqués pour examiner la situation du débiteur (art. 9), pour vérifier les créances (art. 12) et pour voter sur la proposition du concordat (art. 15, al. 1^{er}). Si le concordat est accepté par la majorité de tous les créanciers, représentant les deux tiers de la totalité des créances (art. 15, al. 1^{er}), il sera homologué par le tribunal et la liquidation sera terminée (art. 15, al. 2). Si, au contraire, le concordat n'est pas conclu, la faillite peut être déclarée (art. 19, al. 1^{er}-2^e). La loi énumère ensuite les cas où la liquidation doit être convertie en faillite (art. 19, al. 2). Tels sont les points caractéristiques de la loi française du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire.

319. — C). Un troisième procédé, ayant pour but de relever le débiteur poursuivi par la mauvaise fortune, est usité dans un grand nombre d'Etats, sous le nom de concordat préventif. Comme son nom l'indique, cette procédure judiciaire consiste dans la conclusion d'un concordat pour prévenir la déclaration de faillite. Cette procédure a pour but de relever le débiteur, victime de l'infortune, sans le flétrir. Tandis que la faillite est instituée dans l'intérêt des créanciers, le concordat préventif a surtout en vue l'intérêt du débiteur. La liquidation judiciaire, qui n'est en réalité qu'une faillite atténuée, protège plutôt les créanciers que le débiteur ; et de plus, le débiteur ne peut être nommé à aucune fonction élective ; s'il exerce une fonction de cette nature, il est réputé démission-

naire (art. 21 de la loi française de 1889). Le système anglais est inférieur, lui aussi, au concordat préventif : la tentative de conclure un concordat doit précéder chaque procédure de faillite, ce n'est donc pas un bénéfice accordé au débiteur malheureux et de bonne foi ⁽²⁾.

320. — Dans le concordat préventif, les inconvénients des autres procédés sont éliminés. Il a en vue l'intérêt du débiteur qui, ayant à sa disposition une procédure favorable, n'hésitera pas à avouer son insolvabilité et, par là même qu'il détourne le débiteur de recourir à d'autres moyens — ruineux, ceux-là — pour éviter la faillite, il sauvegarde aussi les intérêts des créanciers. Le concordat préventif ne comporte pas l'infamie de la faillite : l'honneur du débiteur demeurera intact. Enfin seul le débiteur digne de considération y est admis.

321. — La marche générale des législations européennes, poursuivant le but d'édifier un système de liquidation pour les insolubles malheureux et de bonne foi, après avoir envisagé les différentes procédures destinées à prévenir la faillite, s'est arrêtée au concordat préventif. Les avantages de ce système, usité en Belgique, depuis 1887, et en Italie, depuis 1903, la supériorité du concordat préventif par rapport aux autres modes de liquidation, ont déterminé les législateurs de la plupart des Etats continentaux, à l'introduire dans leur pays. En temps de crise, les cas d'in-

(2) V. *supra*, n° 6.

solvabilité vont en croissant. Mais la plupart des faillites sont dues uniquement aux circonstances économiques. C'est généralement dans ces conditions critiques, et sous leur influence, que la législation des faillites a été remaniée, comme nous l'avons constaté, dans ces quinze dernières années.

La Grande Guerre a bouleversé la vie économique ; elle a notablement diminué les échanges internationaux et favorisé dans chaque pays le développement, pendant la durée de la mobilisation, d'industries nouvelles qui ont perdu leurs débouchés avec la démobilisation. Une crise devait nécessairement en résulter dont nous subissons encore les effets. Pendant la durée de cette crise, beaucoup de pays furent dotés de lois spéciales tendant à diminuer, par des procédés divers, les cas d'insolvabilité. La procédure de concordat préventif fut introduit dans plusieurs pays, soit d'une manière provisoire, soit d'une manière définitive.

La première réforme législative fut accomplie en Autriche, en 1914; le concordat préventif y fut introduit (*Ausgleichsordnung* du 10 décembre 1914, modifiée par la loi du 20 février 1925). Cette loi a été suivie, en Hongrie, par le décret de 1915/4070 instituant le concordat préventif d'abord à titre provisoire et plus tard à titre définitif (décret de 1926, N° 1410), dont quelques articles ont été retouchés, par plusieurs décrets en 1927 ⁽³⁾.

L'Allemagne connut dès le début de la guerre (8 août

(3) V. MESZLÉNY, *Csödönkivüli kényszerezegység*, p. 5.

1914) une procédure semblable au concordat préventif (*Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses*), modifiée en 1916 et 1924. Cette procédure ne visait que les insolvabilités résultant de la guerre ou des circonstances économiques nées de la guerre (art. 1^{er}). Elle a donné naissance au concordat préventif qui y fut institué par la loi du 5 juillet 1927 (*Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses*, appelée *Vergleichsordnung*) (4).

En France aussi un mouvement d'opinion s'est formé dans le même sens, et une loi (2 juillet 1919) sur le *règlement transactionnel* (abrogée en 1922) est venue en aide au débiteur, victime économique de la guerre. Mais cette mesure provisoire ne fut suivie, comme dans beaucoup d'autres pays, d'aucun règlement définitif tendant à modifier et à améliorer les procédures en vigueur, déjà vieilles.

La Yougoslavie, à son tour, lors de la récente réforme législative des faillites, a été dotée d'un concordat préventif dont les dispositions sont empruntées, en majeure partie, à la loi autrichienne.

Mentionnons encore que la loi italienne du 10 juillet 1930, a modifié, sur plusieurs points, la procédure de concordat préventif, instituée par la loi du 24 mai 1903.

322. — Etant donné que le concordat préventif est usité dans plusieurs pays importants, nous croyons utile d'en exposer rapidement les points essentiels.

(4) V. *Annuaire de législation étrangère*, 1927, p. 492 et s. Cfr. HEILFRON, *op. cit.*, II, p. 242 et s.

323. — Peut être déclarée en concordat préventif toute personne susceptible d'être déclarée en faillite, le concordat préventif constituant un moyen d'éviter la faillite. Aussi les pays qui ne connaissent qu'une faillite commerciale, limitent le concordat préventif aux seuls commerçants (V. art. 1^{er} de la loi italienne de 1903). Dans d'autres pays, au contraire, où la faillite est une institution générale du droit civil, toute personne est admise au bénéfice du concordat préventif (Yougoslavie [art. 1^{er}], Autriche [art. 1^{er}], Allemagne [art. 1^{er}] et Hongrie [art. 1^{er}]).

324. — En principe, le concordat préventif est une procédure de liquidation réservée aux « débiteurs malheureux et de bonne foi », suivant l'expression classique. Mais cette formule n'est pas incorporée dans les textes législatifs ⁽⁵⁾. Lors de l'examen préalable de la proposition de concordat, le juge n'est pas libre d'apprécier souverainement si le débiteur mérite ou non le bénéfice de l'admission à cette procédure. Les lois lient les mains aux magistrats en leur interdisant d'accorder l'accès à ce régime de faveur au débiteur qui tombe dans un des cas d'indignité ; d'un autre côté, elles obligent le juge à l'accorder à tous les autres.

(5) Cfr. le préambule du décret hongrois 1410/1926 qui porte : « Le Ministère royal hongrois, considérant que le but de la procédure du concordat préventif est de rendre possible, même au moyen d'une contrainte exercée sur une partie des créanciers, la continuation de l'activité économique du débiteur de bonne foi, se trouvant en une situation matérielle critique... juge utile de modifier et de compléter les dispositions de la procédure du concordat préventif, instituée par le décret 4070/1915. » V. MESZÁRÓSY, *op. cit.*, p. 3.

Mais lorsqu'il s'agit d'homologuer le concordat, le tribunal prendra en considération le mérite personnel du débiteur, sa bonne foi, les causes de sa ruine. Reprenons chacune de ces deux phases de la procédure : l'examen préalable et l'homologation.

325. — Quant à l'admissibilité, le législateur édicte une série de présomptions irréfragables de la bonne ou de la mauvaise foi. Les lois énumèrent les cas qui font obstacle à l'admission ⁽⁶⁾. Parmi ces cas d'indignité, il y en a un qui mérite de l'attention, et c'est le cas où le débiteur n'offre pas à ses créanciers un dividende minimum à courte échéance. En Yougoslavie (art. 4-6) ce dividende minimum ne doit pas être inférieur à 40 % de la totalité des créances non privilégiées ni garanties, payable en un an (35 % en Autriche ; art. 3, al. 1^{er}-4^o), ou de 50 % payable en un an et demi (deux ans en Autriche ; art. 3, al. 1^{er}-4^o). La loi allemande fixe le dividende à 30 % (art. 6). La loi italienne (art. 3) impose le dividende de 40 %, « payable en six mois, à moins qu'il ne soit offert des garanties égales (égales à celles de l'art. 3-3^o, c'est-à-dire des garanties sérieuses, réelles ou personnelles) pour le paiement des intérêts légaux sur les sommes correspondantes, dépassant les six mois ». Plus sévère est la loi hongroise. Elle impose au débiteur le paiement de 50 % des créances, payables en huit mois ; mais en revanche elle permet à la majorité des créanciers de rabaisser ce dividende à 25 % ; notons que

(6) Art. 4 de la loi yougoslave ; art. 3 de la loi autrichienne ; art. 22 et 23 de la loi allemande ; art. 6 de la loi hongroise et art. 3 de la loi italienne modifiée par l'art. 23 de la loi de 1930.

cette disposition est applicable aussi au concordat de faillite (V. N° 263).

326. — Jusqu'à maintenant, le tribunal n'avait qu'un rôle passif : le juge *devait* accorder ou refuser le bénéfice du concordat préventif, suivant que le débiteur était ou non dans un des cas d'empêchement énumérés. Mais le concordat, une fois voté, est remis de nouveau au tribunal afin d'homologation. C'est à cette occasion que le tribunal examinera la bonne ou la mauvaise foi du débiteur, les causes de l'insolvabilité. Les lois qui régissent la matière, confèrent au juge d'assez larges pouvoirs d'appréciation et, abstraction faite des cas de refus obligatoire, énumèrent d'autres cas où le tribunal a la *faculté* de refuser l'homologation.

327. — C'est le débiteur seul qui peut demander l'ouverture de la procédure. L'admission à ce bénéfice de la loi constitue un droit du débiteur ⁽⁷⁾ et c'est lui seul qui est en état de juger la situation de son patrimoine. Ce point est admis dans toutes les législations européennes ⁽⁸⁾.

Les lois sur le concordat préventif n'exigent pas que la demande soit déposée dans un délai fixe. Mais elles établissent une autre sorte de limite. Vu le but du

(7) V. LEHMANN, *Kommentar zur österreichischen Ausgleichsordnung*, p. 51.

(8) V. l'art. 1^{er} de toutes les lois sur la matière. MARCUS cite dans son *Concordat préventif de faillite*, p. 191, la loi de Haïti de 1896, selon laquelle la majorité des créanciers représentant les trois quarts de la totalité des créances, peut demander la mise en concordat préventif du débiteur.

concordat préventif : éviter la faillite, l'ouverture de cette procédure ne peut être demandée que jusqu'au moment où le tribunal décide l'ouverture de la faillite. C'est ce que déclarent toutes les lois en leur article premier. Il en est ainsi même dans les pays où la faillite ne produit ses effets qu'à partir de l'affichage du jugement déclaratif. (V. N° 68).

Lorsque le tribunal se trouve en présence de deux demandes successives, l'une émanant du débiteur sollicitant son admission au concordat préventif, l'autre formée par un créancier demandant la déclaration de faillite, c'est la requête du débiteur qui doit avoir la priorité.

La proposition peut être faite soit verbalement, soit par écrit. Elle doit contenir une liste des créanciers, l'état du patrimoine du débiteur, les livres de commerce si le débiteur est commerçant et les conditions qu'il entend offrir à ses créanciers ⁽⁹⁾. La *Vergleichsordnung* allemande exige encore que le débiteur joigne à sa demande « la déclaration écrite de la majorité des créanciers que concerne le concordat dont les créances forment en même temps la moitié du montant des créances et constatant qu'ils sont d'accord pour consentir à l'ouverture de la procédure de concordat (art. 16-4°).

Ainsi le tribunal examinera la proposition de concordat, et si elle réunit les conditions légales, la procédure sera ouverte. La loi yougoslave prescrit que le

(9) Art. 2 et 3 de la loi yougoslave ; art. 2 de la loi autrichienne ; art. 16 de la loi allemande ; art. 3 et 4 de la loi hongroise et art. 2 de la loi italienne.

jugement soit prononcé dans les dix jours de la proposition (art. 5).

L'ouverture du concordat préventif doit être portée à la connaissance des intéressés. En général, les lois consacrent les mêmes règles de publicité qu'en matière de faillite ⁽¹⁰⁾.

En ce qui concerne la date à partir de laquelle se produisent les effets du concordat préventif, les lois sur la matière adoptent les mêmes dispositions qu'en cas de faillite (V. N° 68). Ainsi, selon les lois yougoslave (art. 11), autrichienne (art. 7) et hongroise (art. 19), la procédure ne produira ses effets qu'à partir du jour où l'avis du jugement d'ouverture a été affiché au tableau du tribunal, alors que les lois allemande (art. 25) et italienne font produire les conséquences juridiques de la procédure à partir du jour où la décision a été prise.

323. L'ouverture du concordat préventif ne prive pas le débiteur de l'administration de ses biens. C'est une supériorité manifeste de cette procédure sur la procédure de faillite. Le débiteur reste à la tête de ses affaires ; c'est lui, en effet, qui est le mieux placé pour diriger ses opérations. Il est, cependant, atteint d'une incapacité partielle dont la portée varie suivant les pays.

La loi italienne, après avoir énoncé la règle générale : « durant la procédure de concordat préventif, le

⁽¹⁰⁾ V. nos 71 et suiv. Cfr. art. 7 à 10 de la loi yougoslave ; art. 4 à 6 de la loi autrichienne ; art. 27 de la loi allemande ; art. 8 à 13 de la loi hongroise et art. 5 de la loi italienne.

débiteur garde l'administration de ses biens et poursuit toutes les opérations ordinaires de son industrie, de son commerce, sous la surveillance du *commissaire judiciaire* et sous la direction du juge-commissaire » (art. 8, al. 1^{er}), énumère, dans son art. 9, les actes qui restent sans effet à l'égard de la masse.

Les lois yougoslave (art. 12), autrichienne (art. 8) et hongroise (art. 20) distinguent deux sortes d'actes :

1° Les aliénations immobilières, les constitutions de droits réels sur un bien appartenant au débiteur, les actes par lesquels le débiteur se porte caution et les dispositions à titre gratuit sont *nuls et sans effet* à l'égard des créanciers s'ils ont été faits postérieurement à la *demande en concordat préventif*.

2° Une deuxième série d'actes comprend tous les actes juridiques du débiteur faits après l'*ouverture* du concordat préventif dont l'inopposabilité varie suivant la gravité de l'acte. On distingue :

a) les actes de pure administration ; pour qu'ils soient inopposables aux créanciers, il faut une défense expresse du syndic, et

b) tous les autres actes ; pour qu'ils soient opposables aux créanciers, il faut qu'ils aient été accomplis avec le consentement de l'administrateur.

A la différence des autres lois, la *Vergleichsordnung* allemande de 1927 ne porte, en principe, aucune atteinte à la pleine capacité juridique du débiteur. Citons le texte même de cette loi : « Lors de l'ouverture de la procédure du concordat, le tribunal examine s'il y a lieu d'imposer les restrictions au droit pour le débiteur de disposer de ses biens et quelles doivent être ces

restrictions. Le tribunal peut à tout moment, pendant la durée de la procédure, d'office ou sur la demande du contrôleur, d'un membre du comité des créanciers ou d'un des créanciers parties à la procédure de concordat, admettre des restrictions de cette nature. » (art. 50). « Les restrictions peuvent consister dans la défense générale faite au débiteur de disposer de ses biens ou dans celle de disposer de **certains biens** » (art. 51). Les articles suivants décrivent les différents modes de publicité de la défense générale (art. 52 à 57). « La défense de disposer doit être levée quand il n'est plus besoin de la maintenir » (art. 58). La mainlevée doit être publiée de la même façon que la défense.

A la différence de la faillite, le concordat préventif ne porte aucune atteinte à l'honneur du débiteur.

Pour mieux assurer la réalisation du but visé, la loi ne permet pas de déclarer la faillite tant que dure la procédure de concordat ⁽¹¹⁾.

329. — Les lois continentales prévoient le fonctionnement de différents organes de contrôle ⁽¹²⁾. Mais, en raison du caractère spécial de cette procédure, leurs fonctions sont moins importantes que celles des agents d'administration de la faillite.

Les créanciers sont convoqués en assemblées pour vérifier les créances et pour voter sur le concordat.

(11) Art. 16 de la loi yougoslave ; art. 10 de la loi autrichienne ; art. 31 de la loi allemande et art. 23 de la loi hongroise.

(12) Art. 17 à 27 de la loi yougoslave ; art. 29 à 36 de la loi autrichienne ; art. 40 à 53 de la loi allemande ; art. 43 à 51 de la loi hongroise et art. 4 de la loi italienne.

Cette procédure est expéditive ; l'examen qui porte sur la vérification des créances est rapide. Ici, il ne s'agit pas, comme dans la faillite, de fixer minutieusement le dividende que toucheront les créanciers, mais de décider si le concordat sera accepté ou refusé.

Les règles touchant le contenu et l'acceptation du concordat sont, en général, les mêmes que celles édictées par les lois de faillite. Les droits des créanciers privilégiés et hypothécaires doivent rester intacts ; le principe de l'égalité des créanciers doit être respecté ; pour que le concordat soit accepté, les lois exigent une *double majorité* ; cependant l'acceptation ne suffit pas à conférer au traité conclu sa valeur légale, celui-ci doit être homologué par le tribunal.

330. — Pour conclure, nous croyons utile d'insister sur la nécessité d'introduire deux procédures de liquidation : l'une pour le débiteur malheureux et de bonne foi, l'autre pour le débiteur malhonnête. L'idée du concordat préventif correspond, sur le domaine du droit civil, à celles qui ont conquis la science pénale moderne. Ce n'est pas l'acte qui doit déterminer le degré de la répression, mais l'homme ; la loi ne doit pas édicter des règles mécaniques, mais elle doit, au contraire, être assez élastique pour permettre au juge des applications appropriées à la diversité des espèces concrètes. On ne doit pas soumettre au même traitement automatique toutes les insolvabilités, mais on doit différencier ce traitement d'après les causes de l'insolvabilité. Il convient dans le domaine du droit privé de la faillite d'accorder, comme dans le domaine

du droit pénal, des *circonstances atténuantes*, le bénéfice du *sursis* à tous ceux qui en sont dignes ; on doit prendre des mesures sévères contre les banqueroutiers, mais atténuer la procédure du concours toutes les fois qu'on se trouve en présence d'un débiteur poursuivi par le mauvais destin.

Vu :

LE PRÉSIDENT DE THÈSE
ED. LAMBERT.

Vu :

LE DOYEN
L. JOSSERAND.

Vu et permis d'imprimer

LE RECTEUR, PRÉSIDENT DU CONSEIL DE L'UNIVERSITÉ,
A. LIRONDELLE



BOSC FRÈRES, M. & L. RIOU

00 00 **IMPRIMEURS - ÉDITEURS** 00 00

00 **42, QUAI GAILLETON, 42** 00

00 00 00 00 **LYON** 00 00 00 00



